3 1761 06739827 1

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/scrittigiuridici03bonf

Nuova Raccolta di Scritti Giuridici e Sociali - III.

Prof. PIETRO BONFANTE
Ordinario di Diritto Romano nella R. Università di Roma

SCRITTI GIURIDICI VARII

III.

OBBLIGAZIONI, COMUNIONE E POSSESSO

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
(*già fratelli Pomba Libraj in Principio della Contrada di Po, 1796*)

SCRITTI GIURIDICI VARII

III.

Prof. PIETRO BONFANTE

SCRITTI GIURIDICI VARII

I. Famiglia e Successione.

II. Proprietà e Servitù.

III. Obbligazioni, Comunione e Possesso.

Prof. PIETRO BONFANTE
Ord. di Diritto Romano nella R. Università di Roma

SCRITTI GIURIDICI VARII

III.

OBBLIGAZIONI

COMUNIONE E POSSESSO

Ristampa stereotipa

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
(già fratelli Pomba Libraj in Principio della Contrada di Pô. 1796)
1926

PROPRIETÀ LETTERARIA

Torino — Tipografia dell'Unione Tipografico-Editrice Torinese — 1926.

ALLA MEMORIA DEI MIEI CARI DISCEPOLI

GIOVANNI ROTONDI

GUGLIELMO CASTELLI

ANTONIO SUMAN

LIBRARY
OCT 16 1969
UNIVERSITY OF TORONTO

AVVERTENZA

Questo volume contiene studi e note sulle Obbligazioni e in appendice i miei scritti su due temi di natura particolare, la Comunione e il Possesso. Quanto ai miei scritti di carattere generale le condizioni non favorevoli del momento consigliano di sospendere per ora la pubblicazione.

Roma, Marzo 1921.

P. Bonfante.

K
B7133
S37
v.3

INDICE

I. — Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano *Pag.* 1
II. — Il concetto dell'obbligazione naturale . . . . . » 30
III. — Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco . . » 41
IV. — Sulla causa illecita . . . . . » 104
V. — Sulla genesi e l'evoluzione del *contractus* . . . » 107
VI. — Il contratto e la causa del contratto . . . . . » 125
VII. — Sui *contractus* e sui *pacta* . . . . . » 135
VIII. — Il silenzio nella conclusione dei contratti (I Studio) » 150
IX. — Il silenzio nella conclusione dei contratti (II Studio) » 158
X. — Il silenzio nella conclusione dei contratti (III Studio) » 174
XI. — I rapporti continuativi e il silenzio . . . . . » 205
XII. — Il concetto unitario della solidarietà . . . . . » 209
XIII. — Un contratto a favore dei terzi nell'êra classica . » 243
XIV. — Facoltà e decadenza del procuratore romano . . » 250
XV. — Mandato *post mortem* . . . . . » 262
XVI. — Sul diritto del conduttore alle migliorìe . . . . » 283
XVII. — Natura del contratto di somministrazione d'energia elettrica (I Nota) . . . . . » 287
XVIII. — Natura del contratto di somministrazione d'energia elettrica (II Nota) . . . . . » 300
XIX. — L'imposta fabbricati e le forze motrici idrauliche » 313
XX. — Compromessi e lodi fra industriali . . . . . » 319
XXI. — I giuochi di borsa e l'entrata del commissionario nel contratto . . . . . » 327
XXII. — Il concetto di atto di amministrazione e il contratto di assicurazione da parte dell'inabilitato . . . » 336
XXIII. — Il diritto al nome commerciale e la concorrenza sleale . . . . . » 347
XXIV. — Servitù e obbligazione . . . . . » 355
XXV. — La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili » 368

XXVI. — Premesse critiche sull'ordinamento positivo del condominio . . . . . *Pag.* 376
XXVII. — Il *ius prohibendi* nel condominio . . . . . » 382
XXVIII. — Il *ius adcrescendi* nel condominio . . . . . » 434
XXIX. — Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio . . . . . » 454
XXX. — I poteri della maggioranza e i diritti del singolo nell'amministrazione della cosa comune . . . . » 485
XXXI. — L'azione autonoma del condomino . . . . . » 494
XXXII. — Le convenzioni fra condomini e l'esercizio dei diritti da parte dei singoli . . . . . » 505
XXXIII. — Rapporto tra la comunione e la società . . . . » 511
XXXIV. — Il punto di partenza nella teoria romana del possesso . . . . . » 516
XXXV. — La *possessio civilis* e la *possessio naturalis* . . . » 534
Indice delle Fonti . . . . . » 601
Indice degli Scrittori citati . . . . . » 611

I.

Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano (*).

Il caso che si presentava alla Corte di Genova, di un contratto di borsa sulle mere differenze non eseguito nelle forme prescritte dall'art. 2 della legge 13 settembre 1876, è un caso notevole in tema di obbligazioni naturali. Ebbe ragione la Corte di negare la obbligazione naturale, mentre la dottrina si può dir concorde nell'ammettere la obbligazione naturale per debiti di giuoco — anzi si vuol che questo caso sia espressamente sancito dall'art. 1804 Codice civile — e mentre pure al giuoco di borsa è anche concessa l'azione in giudizio, quando il contratto sia stipulato nelle forme prescritte? Ed ebbe ragione di escludere la ricognizione di una obbligazione naturale?

È un tema questo delle obbligazioni naturali in cui, come si vede, tutto può essere posto in discussione, in cui la giurisprudenza pratica oscilla senza posa e chiede il soccorso della teoria, mentre d'altra parte la teoria par condannata a rifare in ogni età un vero lavoro di Sisifo. Già da secoli la costruzione del concetto travaglia e divide la scienza del diritto romano, e ora n'è anche più travagliata e divisa la scienza del diritto civile. Per me la ragione del fenomeno

(*) Estratto dal *Foro ital.*, XVIII, 1893, I, pag. 150. È una nota alla sentenza della Corte d'app. di Genova, 26 ottobre 1892. La massima della sentenza nel *Foro ital.*, loc. cit., è la seguente: « La ricognizione di un'obbligazione naturale non basta a tramutarla in civile, nè costituisce novazione. Le operazioni a termine puramente differenziali, non eseguite con le forme prescritte dall'art. 2 della legge 13 settembre 1876, debbono aversi come giuridicamente inesistenti, e sono improduttive di qualsiasi effetto, anche di obbligazione naturale ».

è principalmente questa, che siamo in presenza di un concetto da cui tutto l'antico spirito ha esulato, e, credo io, sin dal momento della codificazione giustinianea. Sin da quel momento ciò ch'era l'effetto naturale d'una libera e caratteristica interpretazione — vera formazione del diritto, ma in una cerchia ben definita — fissandosi come un istituto distinto, senza conservare la ragione generale dell'essere suo, venne a costituire nell'organismo del diritto un qualche cosa di monco e di inorganico, di cui appunto per questo è difficile precisare la natura e l'estensione.

Se non che nel diritto giustinianeo era almeno stabilito che alcuni rapporti fossero obbligazioni naturali, ed inoltre, in un tempo in cui esistevano ancora due istituzioni che la società moderna ha respinto, la schiavitù e la *familia* romana — organismo per me essenzialmente diverso dalla società familiare — la obbligazione naturale soddisfaceva agli essenziali bisogni che l'esistenza di queste due grandi e gravi istituzioni faceva nascere; e questi almeno era ben ordinata a soddisfarli. Ma il danno è cresciuto in quelle legislazioni moderne che, per l'amore d'una magnanima parola, non hanno avuto il coraggio di ricacciar nella storia le obbligazioni naturali.

Il danno è cresciuto ancora per l'attrattiva che questa magnanima parola esercita sullo spirito dei teorici: e perchè richiama un concetto antico, tradizionale, e perchè, col vuoto che lascia, offre alla fantasia scientifica un certo pascolo, traendola a costruire dottrine, sotto il punto di vista di una certa *elegantia iuris*, le più perfette, ma assolutamente prive di base nel diritto *positivo;* cioè di quella base appunto, che spesso pretendono di avere.

Ciò che ho detto valga a giustificarmi se io, per constatare un tal vizio nella legislazione moderna e costruire o dimostrare l'unica teoria possibile in simili condizioni, debbo prender le mosse molto da lungi, presentando, il più brevemente possibile, la genesi e la natura di questo concetto nel diritto romano.

*
* *

Il senso fondamentale delle parole *natura*, *naturalis*, *naturaliter* è ciò che esiste, avviene, spunta fuori, indipendentemente dall'opera attiva dell'uomo, per opera di altre forze, e quindi, per una metonimia generale, *natura* è la forza misteriosa che crea queste cose o questi effetti. Così, valendoci di esempi tratti dagli stessi giureconsulti romani in usi estranei al diritto, essi dicono *naturalis agger* quell'argine che non è stato costruito dall'uomo, non artificiale o *manufactus; motus naturalis arboris* è un movimento dell'albero non provocato ad arte, scuotendo l'albero; l'acqua che cade dal cielo ha una *naturalis causa*, il fiume un *naturalis alveus*, ecc. Qui l'antitesi generalissima è con tutto ciò che l'uomo produce, cagiona, provoca, insomma fa essere. *Lex naturae* o *natura rerum* significa in tal caso ciò che le scienze naturali chiamano appunto legge naturale o natura.

Ora, trasportata nel campo del diritto, una simile antitesi assume diversi aspetti. *Naturalis* è in primo luogo l'appellativo di tutto quel complesso di norme, che esistono nella società e la governano, ma che lo Stato non ha nè creato, nè riconosciuto; norme dettate dalla morale, dall'onore, dal costume e dalle convenienze sociali, dal galateo, o, per usare concetti romani, dalla *pietas*, dalla *fides*, dalla *religio*, dall'*officium* e simili: norme che in sostanza hanno di comune colle giuridiche l'essenza e lo scopo generale, e non hanno di diverso se non la forma della sanzione, ma che insomma non sono create, poste dal diritto. Così per dire che la vita e la coscienza sociale, anche fuor del diritto, cioè tutto il complesso dei principî estranei al diritto, ci insegnano che le persone pie chiamano col dolce nome di figlio tutti i discendenti, i giureconsulti romani dicono: *natura nos docet parentes pios filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt continere.* Per dire che il costume sociale comporta che, sino a un certo segno, si cerchi a vicenda nelle contrattazioni di fare il proprio interesse, di

vender, ad esempio, di più quel che val di meno, dicono: *naturaliter concessum est invicem sese circumvenire, quod minoris est pluris vendere.* Per dire che negli usi e nella coscienza sociale le cose dotali appartengono alla donna, benchè la legge ne dichiari proprietario il marito, si dice che le appartengono, che sono beni suoi *naturaliter;* espressioni che a torto han fatto dubitare della proprietà del marito o hanno indotto a concepire un dominio naturale della donna in altro senso. E in questo senso Cicerone, Seneca, Quintiliano, distinguendo il *iustum* in due parti, quella stabilita dalla *natura* e quella stabilita *lege* o *constitutione*, nella prima ripongono la *pietas*, la *fides*, la *continentia* e simili. Insomma l'antitesi è in questo caso tra *natura* e *ius*, *natura* e *lex.*

In un altro senso *natura* o *naturalis* indica tutto ciò che nel diritto stesso ha una esistenza obbiettiva, ma sempre indipendentemente dalla volontà del diritto concepito come creatore, cioè dello Stato, o anche dalla volontà dell'individuo: indica fatti, rapporti cui è conferito il grado di fatti e rapporti giuridici, ma che sono o spuntano fuori nel mondo esteriore da sè, in cui l'essere o il non essere è indipendente dall'azione dell'uomo. In questo senso si parla di servitù stabilite *natura loci;* si dice che le servitù stesse (1) debbono avere una *naturalis causa* — appunto perchè la sia perpetua — che la causa della *operis novi nunciatio* può esser *naturalis*, *publica*, *impositicia.* E anche in questo senso io credo si debba interpretare la celebre espressione di Papiniano « *vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur* »: non credo, vale a dire, che si debba evocare il concetto del *ius naturale* e richiamarsi alla dottrina di Aristotele circa la liceità e la moralità dell'usura, come fa Cuiacio. Qui la *vectura* e l'*usura*, per ricavar le quali è necessario dare a mutuo la somma o a nolo il veicolo, sono opposte semplicemente a quelle accessioni della

(1) [O forse le sole servitù di acqua (Perozzi), per lo meno nel diritto classico].

cosa, come le alluvioni, i frutti e simili, che si producono senz'atto dell'uomo (Cfr. il testo: L. 62 pr., D. *de rei vind.*, 6, 1). Anzi nei frutti stessi alcuni distinguono gli *ex natura fructus*, i frutti naturali, dai frutti che nascono *ex operis*, *ex facto* del possessore, i così detti frutti industriali (cfr. L. 69, D. *de usufr.*, 7, 1; L. 45, D. *de usur. et fruct.*, 22, 1; entrambe di Pomponio). La distinzione dei frutti naturali e civili apparterrebbe a questo gruppo: ma è degno di nota che i Romani adoperano più volentieri in questo secondo senso, per denotare il contrapposto, non già *civilis*, bensì *lex* o *ius*, *legitimus* o *iustus*, ovvero *factum*, *opera*, e analoghe locuzioni e circonlocuzioni. Del resto questa antitesi — che è quella la quale si confonde coll'altra tra *factum* e *ius*, e per vero della *possessio* si dice tanto che essa è *naturalis* quanto che essa è *res facti* — è forse la sola che sopravviva nel linguaggio moderno, nel linguaggio vivo e vero intendo, in cui il contrapposto di naturale è legale o volontario.

Ma l'antitesi nel diritto romano più comune e importantissima è tra quel diritto che esiste nella coscienza sociale e quello che lo Stato, la *civitas*, ha creato o foggiato in parte a suo arbitrio: vale a dire tra quelle norme le quali rispondono esattamente alla coscienza sociale, sieno poi esse giuridiche o aspirino ad esser tali, e quelle stabilite dal diritto, che non vi corrispondono affatto o non vi corrispondono esattamente, costantemente, cioè non hanno uno scopo, una ragion d'essere nella vita sociale o n'hanno una cui non sempre rispondono. E perchè non sempre rispondono allo scopo e quindi alla coscienza sociale? Può accadere per essere antiquate o in qualunque modo fuor di posto in un dato ambiente sociale; ma spesse volte avviene per la imperfezione dei mezzi di cui il diritto dispone, mezzi limitati, esteriori; la quale imperfezione può cessare col progresso della civiltà, coll'affinamento dell'intelletto e della coltura, che porterà a scorger meglio nell'essenza intima delle cose, a veder dietro la forma il rapporto, dietro la norma lo scopo, dietro la dichiarazione o la manifestazione esteriore

dei fatti la volontà e l'intenzione, la buona e la mala fede, ma che in modo assoluto non si toglie mai. È questa l'antitesi tra il *ius naturale* e il *ius civile;* tra il *ius* che è « *constitutum* » dalla *civitas*, dal *populus*, e il *ius* che non è « *constitutum* » da essa. Si può dire infatti che il diritto naturale non è stabilito dalla *civitas*, nel senso che questa non l'ha inventato o foggiato ad arbitrio suo, ma l'ha, per così dire, scoperto nella coscienza sociale e senz'altro riconosciuto come norma giuridica; intendendo raggiungere un dato scopo ha sancito quella norma che la coscienza sociale le indicava come rispondente sempre allo scopo, confondentesi con esso. Ma è ovvio che appreso questo concetto senza approfondirlo, si perviene facilmente a inferirne che questo *ius* rispondente sempre alla funzione sua, cioè alla *aequitas*, se non l'ha posto l'uomo, l'ha stabilito un ente fuori dell'uomo, che sarà, al solito, la personificazione della cosa stessa, la natura o l'ordine naturale delle cose (*natura*, *natura rerum*, *naturalis ratio*). E poichè questo diritto non ha ragione di mutare per assumere una forma più adatta allo scopo, come il *ius civile*, ma solo quando avvenga che sia mutato radicalmente l'ambiente sociale e sparito quello scopo, e poichè l'analogia di istituzioni tra diverse legislazioni è più facile riscontrarla, o illudersi di riscontrarla, dove l'arbitrio del legislatore è escluso, è ovvio pure che questo diritto venga a concepirsi come un diritto eterno, comune a tutte le genti, immutabile nel tempo e nello spazio (1).

---

(1) [Nella filosofia del diritto naturale questa illusione venne maggiormente radicata anche per una falsa intelligenza della *naturalis ratio* romana nella nota definizione (« ius naturale est quod *naturalis ratio* inter omnes homines constituit »), che si volle riferire alla ragione umana, costruendo un diritto razionale o dedotto dalla *recta ratio*, mentre *ratio* nella definizione romana non esprime alcun concetto psicologico, ma significa l'ordinamento obbiettivo, reale della natura o delle cose, allude insomma a condizioni reali, esistenti fuori dello spirito umano, secondo un uso della parola *ratio* comunissimo nella lingua latina e non interamente scomparso nemmeno nella lingua italiana, specialmente in alcune applicazioni commerciali e matematiche].

Talvolta questa e la precedente antitesi paiono trasfondersi l'una nell'altra, come nei concetti noti: *cognatio naturalis* e *legitima* o *civilis*, *filius naturalis* e *adoptivus* etc. (1); benchè io oserei dire che non di rado si prende abbaglio a profitto del *ius naturale.*

Ed ora, tornando al nostro tema, in qual senso i Romani adoperano le espressioni *naturalis obligatio*, *naturaliter obligari*, *natura debere?* In tutti e tre i sensi sopradetti, ed anche ciò ha in parte contribuito a generare una qualche confusione. *Naturaliter obligari*, *natura debere* indicano in primo luogo l'obbligazione stabilita da norme sociali d'altra specie, *pietas*, *fides*, *officium.* Così, per indicare il dovere di cortesia, onde alcuno è tenuto a ricambiare un dono, i Romani dicono ch'egli *naturaliter obligabitur ad remunerandum* (2). Ma certo un tal obbligo non esiste per il diritto, e il suo soddisfacimento, nel caso, è una *donatio;* anche se per galateo esso ha una *causa* e una *necessitas* e quindi costituisce un *munus.*

Similmente per indicare l'obbligo sancito dal costume che il liberto presti dei servigi al suo patrono, si dice che *natura operas patrono libertus debet* (3).

Naturaliter obligari, *naturalis obligatio* significano ancora quelle obbligazioni che nascono da un rapporto di fatto, indipendente dalla volontà umana. Un impubere non si può obbligare per mutuo, in quanto non può volere nè quindi consentire: nondimeno se riceve una somma *naturaliter obligabitur in quantum locupletior factus est*, cioè resta obbligato *giuridicamente* per il fatto mero dell'arricchimento e sino alla concorrenza di questo (4). Se si stipula la restituzione di una somma che si è data effettivamente e la stipulazione per avventura è nulla, resta nondimeno la *naturalis obli-*

---

(1) [La stessa *naturalis ratio*, intesa nel suo vero senso, riassume l'uno e l'altro significato].

(2) [L. 25, § 11, D. *de her. pet.*, 5, 3].

(3) [L. 26, § 12, D. *de cond. indeb.*, 12, 6].

(4) [L. 5 pr., D. *de auct. et cons. tut.*, 26, 8].

gatio per la somma che effettivamente è passata nel patrimonio dell'altro (1).

Finalmente *naturalis*, ovvero in questo senso anche *iuris naturalis obligatio*, indica quei rapporti obbligatorî che il diritto non ha creato a suo arbitrio, bensì ha tolto di peso dalla vita sociale e sancito come la coscienza sociale gli dettava. In questo senso torna ad essere *naturalis obligatio*, ad esempio, il mutuo, ma concepito nella sua pienezza, cioè anche come rapporto volontario, come contratto; ed è inoltre *naturalis obligatio* anche la *emptio-venditio* o la *locatio-conductio*.

Ora in nessuno di questi sensi abbiamo la caratteristica *obligatio naturalis*, la *obligatio naturalis* che si ricerca. Però la sua genesi è in quest'ultimo. Può accadere che la *obligatio iuris naturalis* debitamente costituita in tutto il resto sia resa nulla da un principio di puro diritto civile, *iuris civilis tantum*, cioè da un principio che non corrisponde esattamente allo scopo suo, alla coscienza sociale. Per esempio, un mutuo contratto da un *filiusfamilias* è annullato mediante una eccezione concessa al *filiusfamilias*, non per altro che per protegger l'ordine e la sicurezza delle famiglie ed evitare attentati criminosi, recidendo ogni lusinga di speculare sulla condizione del *filiusfamilias*. Ma come si può raggiungere lo scopo, se non liberando il debitore? Il principio del senatoconsulto Macedoniano è perciò *iuris civilis*, perchè, pur avendo una *ratio*, uno scopo, non vi può corrispondere esattamente, ma necessariamente lo trascende. La obbligazione *iuris naturalis* può essere poi annullata da un principio in tutto e per tutto arbitrario, iniquo sempre, come, per es., il rapporto di *servitus* e anche il rapporto di *patria potestas*, per la obbligazione contratta tra persone legate da questo, il *paterfamilias* e un suo *filiusfamilias*, due *filiifamilias* soggetti a uno stesso capocasa. Ora in simili casi quale sarà il destino della obbligazione annullata

(1) [L. 126, § 2, D. *de v. o.*, 45, 1; interp.?].

da un cosiffatto principio? Nel nostro diritto — notiamolo — non ci sarebbe che una cosa a fare: obbedire alla legge. Le obbligazioni annullate sono annullate per sempre. Saranno obbligazioni morali alla pari di quelle che non avrebbero mai altra efficacia: il fatto che queste obbligazioni sarebbero state obbligazioni giuridiche senza la circostanza che toglie loro efficacia non significa nulla, nè da questo mero fatto la nostra giurisprudenza può indurre nulla. La giurisprudenza ha bene il potere e il dovere di interpretare secondo la *ratio* principî in cui la *ratio* e la norma sono una stessa cosa, o anche correggere leggi difettose nella mera espressione, giovandosi della *ratio legis:* è questo il còmpito della interpretazione logica. Ha bene il potere di costruire principî più generali, estendendo un principio a rapporti certamente *giuridici*, in cui sussista una istessa *ratio:* è questo il còmpito della interpretazione analogica. Ma quando il legislatore s'inspira ad una *ratio*, cui non la parola, ma il suo concetto istesso non raggiunge; quando il pensiero del legislatore è evidente, e piuttosto può esser dubbio, delicato e complesso lo scopo, allora la giurisprudenza non può far altro che applicare la legge, anche in quei casi in cui l'applicazione conduce a un risultato iniquo. *Dura lex, sed lex.*

Ma questa non era precisamente la condizione della giurisprudenza romana. Essa aveva una più larga libertà di interpretare; libertà che consisteva appunto spiccatamente in questo: applicare i principî di mero diritto civile, i principî non rispondenti esattamente allo scopo, nei più ristretti limiti compatibili colla loro *ratio;* la quale anche era stabilita dalla giurisprudenza stessa con una grande libertà. L'adattamento alla *ratio*, all'*aequitas*, che il legislatore non aveva saputo o potuto fare, lo compiva fin dove era possibile la giurisprudenza. Gli è in tal maniera che anche qualora concettualmente la legge non sia punto difettosa, quando cioè la *mens legis* è evidente, il giureconsulto romano, avendo l'occhio alla *ratio*, al resultato più equo, perviene

anche a modificar la legge, a mutare il concetto del legislatore. Di questa libera interpretazione, ch'è progressiva formazione del diritto, ma nei limiti stabiliti dalla *ratio* dei principî positivi gli esempi sono innumerevoli. Ma uno degli esempi più caratteristici è appunto la formazione delle obbligazioni *naturales tantum*. Ai rapporti obbligatorî *iuris naturalis*, annullati da un principio meramente di diritto civile, la giurisprudenza concesse tutti quegli effetti, che non contraddicevano alla *ratio* del principio di diritto civile; vale a dire in generale tutti, salvo un solo, il diritto di esigere coattivamente il pagamento; il poter, in sostanza, generare una obbligazione giuridica, una obbligazione munita di azione. La obbligazione naturale, *tantum naturalis*, è adunque un prodotto di quel generale spirito di libera interpretazione per cui un principio di puro diritto civile è ristretto, finchè è possibile, nei limiti della sua *ratio*.

Trattata dommaticamente che cosa è la obbligazione naturale? Osservo che mi sembra nascere da una incompiuta analisi del concetto la disputa s'ella sia un fatto o un diritto, cioè una obbligazione imperfetta; disputa che tanto intorbida la ricerca del concetto, da far credere che l'una o l'altra opinione rappresenti un concetto della obbligazione naturale. È proprio il caso di distinguere. Certamente la obbligazione naturale in quanto può esser causa di effetti giuridici è un fatto, un rapporto giuridico, e nell'averla considerata come tale, nonostante che, a rigore, dovrebbe essere un fatto nullo per il diritto, consiste l'audacia, mi si permetta l'espressione, della giurisprudenza romana. Dire che essa è un fatto o rapporto produttivo di effetti giuridici non è dire cosa assurda, come alcuno afferma: è una locuzione declarativa per dire fatto o rapporto giuridico. Che essa abbia il suo fondamento nella *aequitas* ciò riguarda la sua origine. Sicuramente i giureconsulti romani sono stati mossi a far valere in parte un simile rapporto, seguendo la voce della *aequitas*, la quale non è altro pei Romani che il diritto nella sua essenza e nello scopo che tende a raggiungere

— anche se, per la forza della tradizione e l'imperfezione dei mezzi giuridici, non sempre lo raggiunge — e quindi per la solita personificazione lo spirito che muove la legislazione e l'adatta alla vita. Ma una volta ammesso il postulato della *aequitas*, esso è principio di diritto.

Nè deve per avventura far difficoltà la circostanza che gli effetti giuridici della *obligatio naturalis* sono puramente eventuali. Anche la parentela non produce in sostanza se non effetti giuridici eventuali; diritto di succedere, diritto ed obbligo agli alimenti: al prodursi dei quali è necessario il concorso di un altro fatto o anche di più altri fatti.

Ma precisamente l'effetto giuridico che la *obligatio naturalis* non produce è il diritto di obbligazione e il correlativo obbligo — obbligo, s'intende, *giuridico* — di soddisfarla. Il creditore può perseguitare con tutti i mezzi morali il suo debitore, minacciar di infamarlo, rivelando la sua mancanza di fede e di probità, scrivergli, al giorno d'oggi, delle cartoline postali, ma non ha a sua disposizione il semplice mezzo giuridico, l'azione. Perciò i Romani osservano molto rettamente che non c'è nelle obbligazioni naturali nè un creditore, nè un debitore, nè un debito, ma tali parole si adoperano abusivamente (Cfr. L. 10, D. *de verb. sign.*, 50, 16; L. 16, § 4, D. *de fideiuss. et mand.*, 46, 1; L. 41, D. *de pec.*, 15, 1).

Diritto di obbligazione adunque non c'è. Soltanto la confusione del rapporto col diritto può far nascere l'equivoco: la obbligazione naturale come diritto non esiste: è obbligazione sociale, non giuridica. Ma che specie di rapporto giuridico è questo che produce tutti gli effetti di un rapporto obbligatorio ed è principalmente atto a giustificare il pagamento, a fare che sia tale e passi in conseguenza il dominio, mentre non produce l'effetto caratteristico del rapporto obbligatorio? Ecco: forse nemmeno come rapporto giuridico la *obligatio naturalis* è rapporto obbligatorio nè perfetto nè imperfetto. L'illusione vien dal credere che tutti gli effetti che un rapporto obbligatorio può generare — oltre all'effetto proprio, il diritto di obbligazione — non possano esser pro-

dotti che da esso, nè vi siano altre cause, altri fatti giuridici che abbiano per quegli effetti la stessa virtù. Ma e nel pagamento stesso, forse che se Tizio, prima di adire una eredità, dà 100 a Caio per adempier la condizione impostagli dal testatore, non fa un pagamento vero e non trasferisce la proprietà dei 100 a Caio? Eppure tra lui e Caio non intercedeva alcun rapporto obbligatorio: la *condicionis implendae causa* è una mera *causa solvendi.*

Riassumendo, si ha adunque nelle obbligazioni naturali un rapporto giuridico, ma non un rapporto obbligatorio, nè un diritto di obbligazione: e si avea per diritto romano un simile rapporto giuridico tutte le volte che una *obligatio iuris naturalis* nel senso che ho spiegato era annullata solo per effetto di un principio di mero diritto civile: ed avea tutti quegli effetti che non contraddicevano alla *ratio* di quel principio.

*
* *

Ma vale un tal concetto anche per diritto giustinianeo? Io non lo credo. Per diritto giustinianeo le obbligazioni naturali sono quei casi determinati con quegli effetti determinati, e nulla più. La costruzione del concetto generale per diritto giustinianeo è inutile e pericolosa, perchè non si può in base a quello ammettere alcuna nuova obbligazione naturale che pure sembrasse rispondervi esattamente: ad esempio, non si può, io credo, pensare a una obbligazione naturale dopo la prescrizione per ciò solo che l'ipoteca sopravvive un qualche tempo. È la solita illusione di pensare che un dato effetto che di solito deriva da un rapporto obbligatorio non si possa reggere senza il sostrato di un rapporto obbligatorio: e del resto la stessa obbligazione naturale è bene un rapporto giuridico, ma non un rapporto obbligatorio. L'ipoteca sopravvive, e anche solo un qualche tempo, perchè il legislatore vuole così. Senza dubbio, volendo così, la legge ha dato un certo valore alla obbligazione estinta da prescrizione: se produce un effetto giuridico essa è tuttavia un

rapporto giuridico, ma non una obbligazione naturale. Ma perchè non è, quando la prescrizione che la estingue è appunto un principio analogo a quei principî di mero diritto civile, donde emerge la obbligazione naturale? Non dico che non sia, perchè non esiste più una libera giurisprudenza, giacchè una volta ammesso un principio, la stessa giurisprudenza ordinaria può estenderlo mediante l'analogia sino ai confini della sua *ratio*. Ma gli è che le obbligazioni naturali non hanno più nel diritto giustinianeo una ragione comune. Esse avevano la loro base nell'antitesi fra i principî *positivi* di diritto naturale e i principî positivi di mero diritto civile; ma questa antitesi, viva e significante all'epoca dei giureconsulti classici, è sparita, almeno come concetto positivo e determinato, nel diritto giustinianeo: essa sopravvive soltanto nei suoi prodotti. E, distrutta la base generale, è distrutto il concetto organico delle obbligazioni naturali, e ciascuna di esse viene ad avere la sua giustificazione in una speciale ragione di equità. La *ratio* generale faceva sì che le obbligazioni naturali avessero tutta la forza di espansione e la virtù organica dei principî normali, di diritto comune; nel diritto giustinianeo ciascuna di esse è ridotta alla condizione di un principio di mero diritto singolare (1).

---

(1) [Dubito ora di questa conclusione. La nuova esegesi (Gradenwitz, *Natur und Sklave bei der Naturalis Obligatio*, in *Festgabe für Schirmer*, Königsb. 1900, pag. 133 e seg.; Perozzi, *Istituz.*, II, pag. 24 e seguenti) tende a ridurre l'obbligazione naturale classica alla sola ipotesi dello schiavo. Forse questa conclusione è esagerata. Al servo converrà aggiungere intanto il *filiusfamilias*. I due tipi hanno un rilievo molto netto, una base comune nell'ordinamento della *familia* e nell'istituto del peculio, una grande affinità ed efficacia in una certa misura coattiva e comune, di diritto pretorio, inerente al peculio (*actio de peculio*, *actio de in rem verso*, *actio tributoria*). Ma è probabile che la giurisprudenza classica, specialmente per l'innegabile opera di Giuliano, che in questa dottrina campeggia, abbia applicato il concetto fuori di questi cancelli. Se non che Giustiniano ha certamente ampliato i casi, ha mostrato la tendenza a costruire un concetto generale (cfr. L. 16, § 4, D. *de fid. et mand.*, 46, 1; L. 10, D. *de v. et a.*, 44, 7; interpol. *servorum* in *eorum*), e sovrattutto, a mio avviso, ne ha ingrandito in guisa gli effetti da riconoscere come regola a ciascuna obbligazione naturale

Io riconosco invece unità di concetto e quindi l'utilità di una costruzione in quei debiti naturali sanciti dalla *pietas* o dall'*officium*, che non sarebbero mai stati di per sè altro che mere obbligazioni sociali, ma per cui era negata la *condictio indebiti:* come nel caso che la donna (o la madre per la figliuola?) s'abbia costituita una dote, credendo di esservi giuridicamente obbligata, od il liberto abbia prestato opere al suo patrono senza averne fatto promessa, o un parente abbia prestato gli alimenti a un altro parente cui non era giuridicamente obbligato a prestarli, e in simili altri casi recati dalle fonti. Senza dubbio era anche qui una libertà che soltanto la giurisprudenza romana poteva permettersi quella di dar valore giuridico a rapporti morali e convertirli in rapporti giuridici, facendo che essi giustificassero una *solutio* alla pari di un rapporto obbligatorio: libertà che non era per

---

tutta l'efficacia di un rapporto obbligatorio civile, tranne l'azione. Sono per vero i compilatori che nel foggiare l'istituto generale della compensazione hanno creato, ben si può dire, questo effetto gravissimo della obbligazione naturale, sono i compilatori che hanno ampliato sino all'estremo l'efficacia della novazione nelle obbligazioni naturali, riconoscendo ad esse non soltanto la capacità di esser novate, ma di novare, e probabilmente essi hanno sancita la libera imputazione della obbligazione naturale sia nella vendita del pegno, sia nella trasmissione ereditaria, e l'estinzione dell'obbligazione naturale per patto o giuramento. Nella parafrasi di Teofilo (i Greci sono sempre uno specchio più fedele delle nuove tendenze che non i libri del *Corpus iuris*) è dato un rilievo a questo concetto ignoto alle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano. Inoltre noi dobbiamo tener presente che la volontà del legislatore Giustiniano è di accomunare gli effetti, poichè egli non soltanto li ha cresciuti, ma li ha generalizzati, distaccandoli dalle figure concrete e riferendoli in astratto alla *obligatio naturalis:* dobbiamo quindi negare caso per caso unicamente quelli cui si oppone un'assoluta incompatibilità nella figura speciale. Ciò posto, pur riconoscendo ancora che il concetto della *obligatio naturalis* era una creazione vitale solo nel diritto classico, non oserei più negare l'esistenza di un concetto organico nel diritto giustinianeo nè separar nettamente le due categorie di obbligazione naturale (v. nel testo appresso). È d'altra parte caratteristica del diritto giustinianeo (io l'ho notato più volte: cfr. le mie *Ist.*, §§ 6 e 81) la simpatia dei compilatori per questa categoria del *ius naturale* e pei rapporti *iuris naturalis* quando appunto essi cessavano d'aver significato reale e virtù attiva].

altro se non la conseguenza di una libertà maggiore, l'aver essa creata la *condictio indebiti*, inspirandole un tal carattere, per cui la lesione altrui che n'è la base, doveva esser reale, indubitabile e sentita dalla coscienza sociale; *naturalis* nel senso più pregno (Cfr. L. 15; L. 64 *in fine*, D. *de cond. ind.*, 12, 6). Ma una volta attribuito valore giuridico a tali rapporti, fondati sopra una *pietatis causa* e simili rispetti sociali, la stessa efficacia si può riconoscere anche ad altri rapporti. L'analogia non è esclusa, giacchè l'*officium*, la *pietas* non sono concetti esclusi dal diritto giustinianeo; anzi alle idee sociali del mondo antico una nuova se n'è aggiunta, la carità.

Però, affinchè una vera e pertanto feconda costruzione giuridica sia possibile, è necessario determinare la sfera di questi rapporti e non fare che vadano confusi con rapporti sociali di qualunque specie; nè quindi, come avviene, se ne faccia tutt'una cosa colle donazioni remuneratorie. Determinar la cerchia di questi rapporti sarà utilissimo, come or or si vedrà, per l'intelligenza dello stato delle cose nel diritto nostro. Essi sono bensì rapporti sociali, cioè regolati da altre norme sociali fuor del diritto, ma sono rapporti concernenti il patrimonio, che hanno insomma un contenuto patrimoniale: poichè, sebbene il patrimonio sia la sfera precipua del diritto, non è che esso non sia regolato sovente anche da diverse norme sociali. Per intendersi con un esempio, l'obbligo che il beneficato ha verso il suo benefattore, il salvato verso il suo salvatore, è bensì un obbligo morale, ma non è un obbligo patrimoniale, *anche se il beneficio fosse valutabile in denaro*. Il beneficato ha verso il suo benefattore l'obbligo della gratitudine: un sentimento benevolo, che si potrà anche dimostrare alla occasione con servigi equipollenti verso il proprio benefattore. Ma questi si può persino ritenere offeso, cioè *socialmente leso* e n'ha il diritto, si usa dire — adoperando la parola *diritto* in un senso generico molto significativo —, qualora il beneficato pretenda ricambiarlo con una somma di danaro o un valore patrimo-

niale in genere: egli può insomma asserirvi e protestarvi che ciò che ha fatto *non l'ha fatto per l'interesse.* Che se a ogni modo il beneficato si vuole sdebitare con una somma di danaro e il benefattore non vi repugna, sarà quest'atto una donazione remuneratoria.

Ma l'obbligo del liberto di prestar le opere è un obbligo patrimoniale, perchè il costume ammette — presumibilmente per l'influenza della precedente condizione del liberto — ch'egli debba esternar la sua gratitudine verso il patrono mediante la prestazione di opere. Lo ripetiamo adunque: codesti debiti naturali i quali hanno il mero effetto di escludere la *condictio indebiti*, sono obbligazioni sociali bensì, ma di carattere patrimoniale.

*
* *

Ora finalmente possiamo far passaggio al nostro diritto e al nostro art. 1237. La storia del concetto nel diritto intermedio sarebbe interessante, come riprova di ciò che ho detto circa l'esaurimento del concetto dell'obbligazione naturale nel diritto giustinianeo, ma ci porterebbe troppo lungi (1).

Nell'art. 1237 adunque, posto sotto la rubrica *del pagamento*, è detto che la ripetizione dell'indebito non è ammessa quando siasi volontariamente soddisfatta un'obbligazione naturale. Ora, a che cosa riferire questo concetto generico delle obbligazioni naturali, di cui pare il legislatore tanto sicuro? Certo meno ancora che nel diritto giustinianeo esiste nel nostro un'antitesi nei principî positivi, per cui questi sieno ora sentiti come principî di diritto naturale, ora come principî di mero diritto civile. Un'obbligazione che sarebbe giuridica per tutti gli altri elementi, ma è resa nulla da un solo principio, è di regola nulla, e sia qualunque codesto principio, o relativo alla forma o alla capa-

(1) [Cfr. il III studio sull'argomento].

cità o alla volontà reale o altro. E poco importa che sia nulla *ab origine*, cioè *ipso iure*, o possa venire annullata per via di eccezione: poichè, dopo opposta l'eccezione — prima, sebbene si parli di nullità relativa, l'obbligazione è valida — quest'ultima non è meno inesistente, per gli effetti giuridici che essa dovea produrre, della prima. E un'obbligazione nulla non è altrimenti che nulla. Volete chiamarla, qualora essa abbia, come voi dite, la struttura o gli elementi essenziali dell'obbligazione giuridica — cioè la struttura generalissima, gli elementi che si ritrovano in tutte, poichè a questa non sono meno essenziali gli altri — volete chiamarla, dico, un'obbligazione imperfetta? E sia, ma non giochiamo di equivoci, non ci perdiamo in fallacie logiche: se il diritto le rifiuta ogni efficacia, essa è imperfetta non come l'uomo che nasce cieco o sordomuto, ma come un aborto: il quale si considera appunto come non nato.

Ma un'obbligazione, che pel diritto è niente, può esser benissimo un'obbligazione morale o sociale in genere: e come tale essa si schiera con tutte le altre obbligazioni sociali di carattere patrimoniale. Ora, quando il nostro Codice ci parla di obbligazioni naturali e non ci dice quali sieno, non ci assegna nessun criterio per delimitarle a una certa sfera, nè la giurisprudenza moderna ha il potere di crearlo — chè altrimenti potrebbe, come la romana, crear le obbligazioni naturali, anche senza l'art. 1237 —, che cosa dobbiamo intendere per esse se non tutte le obbligazioni sociali, fermamente riconosciute, di carattere patrimoniale? Di carattere patrimoniale, ripeto: perchè questo è l'unico limite che si possa stabilire, sia in base ai principî generali del diritto, versando tutte le obbligazioni, di cui tratta il libro III del Codice, nel campo patrimoniale, sia per avere la donazione rimuneratoria, cioè la donazione fatta in ricambio di servigi che di per sè non stabiliscono propriamente un rapporto patrimoniale, la sua regola nell'art. 1051.

E che l'art. 1237 debba intendersi così ce lo mostra positivamente, di nuovo, lo stesso diritto romano. Per quel che

concerne la figura classica e più nota delle obbligazioni naturali il diritto romano ci ha fornito una prova negativa. Ho mostrato, per quanto m'era possibile farlo in brevi termini, che il concetto di quelle *obligationes naturales* nello stesso diritto giustinianeo ha solo una parvenza di vita. Noto ancora — nè sarà soverchio — che dei casi ammessi dal diritto romano potrebbero a malapena sopravviverne due, e sono precisamente quelli così controversi, e più che dubbi, dell'obbligazione del pupillo e dell'obbligazione estinta dalla prescrizione: e non si hanno poi tutti quei molteplici effetti. Ma ben corrisponderebbe la nostra obbligazione naturale nei casi ammessi dalla giurisprudenza, e in parte anche dalla dottrina, a quella seconda categoria romana di obbligazioni naturali: e corrisponde poi esattamente nell'unico effetto, l'esclusione della *condictio indebiti*, o meglio, come io direi, l'esser causa giustificativa del pagamento. Ora quest'altra specie di obbligazioni romane non erano che *rapporti sociali di carattere patrimoniale*, cui la legge riconosceva codesto limitato valore e in siffatta misura convertiva in rapporti giuridici.

Questa è per me adunque l'unica teoria sostenibile nella materia: teoria che non è in sostanza se non una modificazione, nel senso di una determinazione maggiore, di quella così impopolare, cui non è bastato il nome e la dialettica di due illustri giureconsulti, come il Gabba e il Giorgi, per guadagnarle un solo seguace. Forse verrebbe ad accostarsi ad essi anche il Fadda, per quel ch'io posso ricavare da un suo studio profondo, versante però sugli effetti dell'obbligazione naturale nel diritto attuale (*Arch. giur.*, 1886, vol. XXXVI, pag. 195-237) (1).

---

(1) [A parte la diversa formulazione concettuale (il Giorgi ha in seguito aderito al mio concetto), una divergenza essenziale esiste tra la mia dottrina e quella degli autori nominati: che il soddisfacimento di un'obbligazione naturale, a mio avviso, non è donazione. Nel pensiero del nostro legislatore pagamento e donazione si escludono (vedi appresso il III studio].

Che la così detta dottrina radicale del Gabba e del Giorgi venga per opposta via a riscontrarsi colla teoria tradizionale accolta dal Pothier e dai compilatori del Codice francese non è il suo difetto, ma il suo pregio: non foss'altro, perchè ciò significa come fosse morto e seppellito il concetto dell'obbligazione naturale romana.

Nè è vero che tal concetto riponga il fondamento della obbligazione naturale « *fuori del diritto positivo* ». È l'articolo 1237 che dà questo valore alle obbligazioni sociali di carattere patrimoniale, poichè non è possibile intendere quelle obbligazioni naturali altrimenti. È andato adunque il Codice fuori del diritto positivo? Il Codice ha concesso un limitato valore a rapporti che senza l'intervento legislativo sarebbero abbandonati alla morale in tutto e per tutto. È forse un fenomeno nuovo che il diritto assuma in tutto o in parte rapporti per lo innanzi regolati da altre norme sociali? Oh no, tutt'altro! Ricordo le parole del mio maestro Vittorio Scialoja: « *Nella maggior parte dei casi* i rapporti sociali esistono prima che il diritto attribuisca loro efficacia giuridica », perchè appunto « molte altre regole di genere diverso governano il mondo » (*Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, Roma 1885, pag. 10). E per contrario, se il diritto cessa di regolare un rapporto, questo può ben cessar d'esistere, ma il più delle volte sopravvive come rapporto sociale. E così l'obbligo di dotare ora è, ora non è un obbligo giuridico. Gli sponsali furono talvolta un rapporto giuridico perfetto, talvolta un rapporto giuridico per alcuni effetti secondari e non per quello che costituiva l'essenza istessa dell'istituto, ora non sono affatto un rapporto giuridico. Ciò che confonde le lingue e offusca l'evidenza è quella filza di criteri distintivi della morale e del diritto, come il foro interno ed esterno, la spontaneità e la coazione, con che si scambiano differenze di grado e di forma con veri caratteri antitetici, o, tutt'al più, in un certo senso, si può voler denotare il campo che, principalmente per l'imperfezione dei mezzi giuridici, è necessario o utile di abbandonare esclu-

sivamente alla morale, ovvero ci si riferisce alla morale come virtù subbiettiva. E ciò che nel caso nostro ingenera fors'anco un poco di turbamento gli è che i rapporti sociali di cui ci occupiamo sono, come gli sponsali nel diritto romano, assunti dal diritto per una piccola parte e nel resto durano sottomessi alle altre norme sociali: il che è raro, per vero, ma non significa nulla.

Si esce invece fuori dal diritto positivo quando si voglia cavillare su alcuni articoli, che non parlano affatto di obbligazioni naturali, per vedere in certi soli determinati casi un'obbligazione naturale e così costruire un concetto che paia avere una certa analogia — Dio sa che analogia! — col concetto romano. Il giocatore perdente non può ripetere quanto avesse volontariamente pagato (art. 1804 Cod. civ.). Questo sì che è un caso di obbligazione naturale, certissimo! Niente affatto; è un altro caso di esclusione della *condictio indebiti*, che la legge ha voluto sancire espressamente, appunto perchè della esistenza di un'obbligazione naturale nel giuoco si poteva ben dubitare: e se ne poteva dubitare, perchè non c'è, rispetto ai debiti di giuoco, come non c'è rispetto al duello, una sicura coscienza, una concordia di tutte le norme sociali.

Il Codice dichiara che può prestarsi la fideiussione per un'obbligazione, la quale possa essere annullata per un'eccezione meramente personale all'obbligato (art. 1899). Il sostrato è un'obbligazione naturale! Lasciamo stare che il sostrato è precisamente un'obbligazione giuridica: ma forsechè, senza l'art. 1237, l'art. 1899 doveva restar lettera morta per difetto di sostrato?

Il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta non può ripeterli nè imputarli a capitale (art. 1830). Altra obbligazione naturale. Bel campione in verità! Anche qui, come rispetto al giuoco, se il Codice ha messo un articolo per escludere la *condictio indebiti*, gli è appunto perchè dell'obbligazione naturale si poteva molto, ma molto dubitare.

I figli non hanno azione verso il padre e la madre per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio (art. 147). Va benissimo, non hanno azione, dice il Codice: non dice che il padre non sia obbligato — come se l'obbligazione naturale, qualunque concetto se n'abbia, fosse un'obbligazione — non dice che i figliuoli non abbian diritto; il Codice ammette l'obbligazione naturale! E dire che il Codice ha sancito forse quell'articolo per tema che la tradizione storica inducesse a una troppo lata interpretazione dell'art. 138 riguardante gli obblighi dei genitori verso la prole!

Lasciamo stare poi l'obbligazione naturale del fallito, con o senza concordato, pel residuo debito, che dovrebbe aver la sua base negli art. 816 e 839 Cod. comm., dove per giunta nel caso di fallimento senza concordato si ammazza un'obbligazione civile (cfr. l'art. 815) per crearne una natu rale; — l'obbligazione naturale in caso di fiducia, che si trarrebbe dall'art. 829, articolo colpevole tutt'al più di una feroce inimicizia per le fiducie; — l'obbligazione naturale dell'erede per l'esecuzione di disposizioni testamentarie nulle per vizi di forma o altra ragione, dappoichè l'art. 1310 toglie il diritto agli eredi di eccepire vizi di forma o altro, quand'abbiano confermato, ratificato o dato esecuzione a siffatte disposizioni.

Ma il peggio è in quei rapporti, che si vuole costituiscano un'obbligazione naturale, perchè n'hanno infatti più ragion d'essere di parecchi dei precedenti, e per cui non si riesce a trovare una base così positiva, come s'è visto. Il Codice dice per disgrazia in due articoli (art. 1236 e 2106) che la prescrizione estingue l'*obbligazione*. Peccato, non ha detto *azione!* Non importa: si generalizza sullo spirito della prescrizione e si arriva a trovar una base positiva, legale, soda in cotesto spirito. Lo spirito è pure invocato per l'ingiusto giudicato, pel giuramento, ecc. Ahimè! è lo spirito della coscienza sociale che vi trascina, e non ve ne accorgete!

E su *tutti* questi casi, salvo il giuoco, che par certissimo, si litiga. E questa è anche la certezza, la determinatezza, di cui menan quasi vanto gli illustri sostenitori di questo sistema, i quali rimproverano all'altro la sua indeterminatezza, il pericoloso arbitrio concesso al giudice. Certo, intesa malamente l'obbligazione morale di cui si tratta, frammistevi obbligazioni che non hanno carattere patrimoniale, il concetto è non solo indeterminato, ma forse torbido, strano; ma intesa come significante tutte quelle obbligazioni *patrimoniali*, che non hanno una sanzione nel diritto, ma la hanno indubitata nella riprovazione sociale che pesa su colùi che non le soddisfa o non le soddisfa adeguatamente, il concetto diventa dei più determinati. Non c'è più bisogno di ricorrere ad Aristotele o Cicerone, infelicemente messi in campo da un antico illustre giureconsulto, e nemmeno alle coscienze illuminate. Interrogate la più rozza coscienza se non ha obbligo il padre di prestar gli alimenti al figlio naturale; se non ha obbligo uno zio ricco di non far languire nella miseria un nepote non indegno e nemmeno lesinargli i soccorsi: interrogatela se non hanno obbligo i genitori di costituire un assegno ai figli o alle figlie in occasione di matrimonio, ove lo possano; se non ha obbligo l'erede di adempiere le volontà dal testatore affidate alla sua fede e non consegnate al notaio. E interrogatela anche in molti dei casi enunciati poco fa: e n'avrete per molti risposta sicura che obbligo c'è. Ma in qualche caso, non risponderà con certezza nè si nè no; resteremo nel dubbio. Ebbene: ciò ch'è dubbio, diceva recisamente un antico, è iniquo. La legge, diremo noi, rimettendosi alla coscienza e alle norme sociali, suppone la certezza nella coscienza, la concordia di tutte le diverse norme sociali.

*
* *

E su questo terreno si può dire che siasi mantenuta praticamente la giurisprudenza. Nonostante le aberrazioni cui dovean trarla necessariamente la tradizione romana,

l'indeterminatezza dei concetti e le dispute dei teorici (cfr. App. Torino, 6 luglio 1866, *Giur. it.*, 1866, II, 326), di regola i casi ammessi sono di obbligazioni sociali di cui non si ricerca una base nel Codice fuor dell'art. 1237, ma tali che abbiano carattere patrimoniale.

App. Torino, 5 settembre 1866: Obbligazione prescritta tra prossimi congiunti: nel caso, il fratello e la sorella (*Giur.*, Torino 1866, 464; Pacifici-Mazzoni, *Rep.*, voce *Obbligazione*, § 2, n. 15). — Soltanto, i prossimi congiunti sono inutili.

App. Casale, 24 gennaio 1870: Obbligazione degli eredi di eseguire le volontà (legati) espresse verbalmente dal testatore dopo la chiusura del testamento, poco prima di morire (*Giurispr.*, Torino 1870, 170; Pacifici, *Rep.*, voce *Donazione*, n. 127, 128).

Cass. Torino, 15 giugno 1871: Obbligazione per la maggior somma convenuta solo verbalmente nella compra-vendita di immobili (*Giurispr.*, Torino 1871, 497; *Monit. trib.*, Milano 1871, 584; Pacifici, *Rep.*, voce *Indebito*, n. 19).

App. Torino, 15 marzo 1872: Obbligazione di garentia assunta dalla donna senza l'autorizzazione del marito (*Giurisprudenza*, Torino 1872, 377). — Questa però e le simili sono obbligazioni morali e quindi naturali, secondo noi, *dopo l'annullamento;* prima, trattasi di vere obbligazioni civili.

App. Torino, 5 agosto 1872, e Cass. Torino, 19 dicembre 1872: Obbligazione di pagare i legati lasciati dalla moglie richiamandosi alla lettera del proprio marito (*Legge*, 1872, I, 172; *Giurispr. it.*, 1872, 766; *Monit. trib.*, Milano 1873, 12; Pacifici, *Rep.*, voce *Obbligazione*, § 2, n. 21).

Cass. Torino, 21 ottobre 1872: Malleveria prestata dalla donna al marito senza l'autorizzazione giudiziale (*Annali*, 1872, 1, 2, 544). Cfr. anche per la malleveria prestata dalla donna: App. Torino, 15 marzo 1872 (*Giur.*, Torino 1872, 377).

Cass. Firenze, 10 febbraio 1875: Obbligazione conchiusa dal padre col figlio non ancora emancipato (*Giurispr. it.*, 1875, 492; *Annali*, 1875, I, 147).

Cass. Napoli, 10 marzo 1884: Obbligazione di pagare al figlio del legatario il legato caduco per la premorienza di quest'ultimo al testatore (*Foro it.*, *Rep.*, 1884, voce *Indebito*, n. 4).

Cass. Palermo, 15 settembre 1887: Mutuo nullo per difetto di autorizzazione maritale (*Foro it.*, 1887, I, 1265).

App. Napoli, 25 aprile 1888: Volontà espressa verbalmente dalla madre ai figliuoli rispetto alla loro sorella (*Foro it.*, 1888, I, 733).

App. Torino, 28 aprile 1890: Obbligazione per la maggior somma promessa verbalmente in locazione ultranovennale d'immobili (*Foro it.*, *Rep.*, 1890, voce *Mutuo*, n. 3).

Cass. Roma, 24 febbraio 1891: Si dichiara che l'obbligazione contratta dalla donna senza l'autorizzazione maritale diventa naturale solo dopo l'annullamento (*Foro it.*, 1891, I, 413). — Sentenza ottimamente annotata dal Giorgi.

I casi errati sono relativamente pochi, ed alcuno inspirato da preoccupazioni diverse:

Cass. Napoli, 20 febbraio 1869: Rinuncia a favor del padre, senza le forme della donazione, di eredità dell'avo già accettata (*Gazz. proc.*, 1869, 162; Pacifici, *Rep.*, voce *Indebito*, n. 22). — Che il figlio sia tenuto a onorar suo padre e sua madre, sta bene; ma non si sa qual precetto di morale o di religione gli imponga precisamente di rinunciare a favore del padre a un'eredità, sia pur dell'avo.

App. Torino, 22 luglio 1872: Pagamento d'interessi superiori alla misura legale (*Annali*, 1872, 2, 473). — Certo nè la morale nè la religione o le altre norme sociali, che men del diritto tollerano l'usura, riconoscono l'obbligo al pagamento di un'usura esorbitante.

Cass. Roma, 6 novembre 1879: Obbligazione dei figli verso la donna sedotta dal proprio padre (*Foro it.*, 1880, I, 198). La Corte considerò la *promessa* dei figli di pagare una somma alla donna come novazione di un'obbligazione naturale. Ora questa era pel padre un'obbligazione morale non patrimoniale, o piuttosto una colpa morale; nè potea diventare

un'obbligazione patrimoniale pei figli. Solamente, si poteva applicare il concetto del risarcimento; ma allora l'obbligazione è civile (art. 1151 Cod. civ.) e la Corte poteva risparmiarsi di ricorrere alla figura dell'obbligazione naturale e considerar questa come capace di novazione. Il motivo dell'obbligazione naturale è stato pure senza necessità mescolato al concetto del danno e risarcimento in un caso analogo (promessa fatta direttamente da chi ebbe la relazione illecita) in due posteriori sentenze della Corte d'appello di Firenze (30 maggio 1891, *Ann.*, 1891, III, 340; *Foro ital.*, *Rep.*, 1891, voce *Obbligazione*, n. 6-7; 17 agosto 1892, *Ann.*, 1892, III, 293).

App. Roma 26 novembre 1884: Vendita di beni immobili conchiusa verbalmente (*Foro it.*, *Rep.*, 1884, voce *Vendita*, n. 127). Io ho considerato come obbligazione naturale quella per il *maggior prezzo* verbalmente pattuito. Ma il caso è qui essenzialmente diverso. Se l'atto scritto non c'è stato, la proprietà dell'immobile non è passata, e siccome non s'ammette punto una proprietà naturale per verun effetto, non ci può essere obbligazione naturale al pagamento del prezzo di ciò che non si è ricevuto affatto. Che se, in conseguenza della vendita, si è avuta la tradizione e il godimento dell'immobile per qualche tempo, ci potrà essere un'obbligazione civile per l'ingiusto arricchimento.

App. Torino, 13 febbraio 1890: Obbligazione contratta verso chi ha prestato segnalati servigi. La costituzione di un vitalizio in ricambio non è donazione (*Foro it.*, *Rep.*, 1890, voce *Donna marit.*, n. 7-8). — Non si ha obbligazione naturale, perchè non c'è causa o rapporto patrimoniale. La costituzione di un vitalizio pertanto richiedeva precisamente le forme della donazione, sia come donazione remuneratoria (art. 1051), sia come vitalizio a titolo gratuito, non oneroso, cioè non costituito mediante una somma di danaro o altre cose (art. 1789, 1790).

Più gravemente erra la giurisprudenza circa gli effetti, ammettendone la ratifica (Cass. Torino, 19 decembre 1872:

Giurispr. it., 1873, I, 1, 766; *Monit. trib.*, Milano 1873, 12) e la novazione (Cass. Torino, 3 giugno 1874, *Giurispr.*, Torino 1874, 581; Cass. Roma, 6 novembre 1879, *Foro it.*, 1880, I, 198; App. Napoli, 25 aprile 1888, *Id.* 1888, I, 733) (1).

*
* *

Due casi abbiam lasciato fuori, la dote e il giuoco. Nel primo si confondono, a me pare, da tutti due cose diverse: l'obbligo dei genitori di costituire un assegno ai figli per causa di matrimonio e la vera costituzione di dote. Che quello, come obbligo morale e di carattere patrimoniale, costituisca un'obbligazione naturale, per me non v'ha dubbio. Ma che la costituzione di questo assegno assuma

(1) [Sullo stesso terreno la giurisprudenza si è mantenuta anche in seguito al 1893 in contrasto perenne con la dottrina fino agli ultimi tempi dominante: cfr. App. Ancona, 27 gennaio 1894 (*Mon. giur. bol.*, 1894, 222); *Foro ital.*, *Rep.*, 1894, col. 890, 5); Cass. Palermo, 1° febbraio 1902 (*Circ. giur.*, 1902, 106); Cass. Torino, 9 dicembre 1904 (*Legge*, 1905, 550; *Foro ital.*, *Rep.*, 1905, col. 635, 2: « ogni vincolo di delicatezza e d'onore », il che può esser troppo); Cass. Napoli, 28 giugno 1906, *Foro ital.*, 1906, col. 842, 7); App. Firenze, 21 maggio 1907 (*Foro ital.*, *Rep.*, 1907, col. 952, 8: « obbligazioni che derivano dal buon costume e si riassumono in questi quattro doveri: l'amor di patria, la pietà pei congiunti, la carità del prossimo, la gratitudine verso i benefattori »; definizione troppo ampia, in quanto comprende obbligazioni extra-patrimoniali); App. Torino, 9 maggio 1911 (*Giurispr.*, Torino 1911, 1469); App. Torino, 2 giugno 1911 (*Giurispr.*, Torino 1911, 1505); App. Venezia, 27 maggio 1912 (*Riv. di dir. comm.*, 1912, II, 693); App. Torino, 17 gennaio 1913 (*Foro ital.*, *Rep.*, 1913, col. 318, 8, 9; v. in *Riv. di diritto civile.*, V, 1913, 365-367 la nota appostavi da A. Ascoli); App. Torino, 27 gennaio 1913 (*Foro ital.*, *Rep.*, 1913, col. 502, 5); App., 28 marzo 1913 (*Giurisprudenza*, Torino 1913, 1076); Cassaz. Torino, 29 marzo 1913 (*Id.*, 1913, I, 1512); Cass. Torino, 18 novembre 1913 (*Id.*, 1914, 28; *Foro ital.*, *Rep.*, 1914, col. 658, 1; v. in *Riv. di dir. civ.*, vol. III, 1914, pag. 99, 100 la nota appostavi da A. Ascoli); alle tre ultime sentenze è apposta la mia nota che segue; App. Torino, 28 ottobre 1914 (*Foro ital.*, 1915, I, 498); Appello Trani, 30 novembre 1914 (*Id.*, *Rep.*, 1915, col. 881, 9); Trib. Palermo, 27 agosto 1915 (*Id.*, *Rep.*, 1915, 882, 11); Cass. Napoli, 10 novembre 1916 (*Id.*, 1917, I, 720, con nota di A. Ascoli); Cass. Napoli, 8 febbraio 1917 (*Id.*, *Rep.*, 1917, col. 318, 6). Per la giurisprudenza francese, che presenta la stessa tendenza, v. Perreau, in *Rev. trim. de dr. civ.*, 1913, pag. 503].

la figura della dote è un'altra cosa. Il rapporto dotale modifica talmente i diritti ond'è causa, che li fa quasi diventare un diritto o una serie di diritti speciali; sebbene una assoluta indipendenza come il pegno, che pure è partito da principî analoghi, la dote non l'abbia conseguita mai. Ora a costituire diritti che assumano queste speciali modificazioni e producano speciali effetti la legge richiede l'atto pubblico; ma questo è necessario solo quando quegli effetti si vogliano. Non v'è dote senza atto pubblico, precisamente come non v'è trasferimento di proprietà immobiliare senza atto pubblico o scrittura privata. È la costituzione del diritto dotale, chiamiamolo pur così, che richiede quelle forme; e non si riconosce un diritto dotale naturale più di quel che si riconosca una proprietà naturale. Ma ciò non esclude punto la obbligazione naturale di costituire un assegno. Intesa l'obbligazione naturale in questo senso, io approvo quelle sentenze che considerarono la costituzione di dote giuridicamente nulla per difetto di formalità come soddisfacimento di obbligazione naturale (Cass. Roma, 18 novembre 1883, *Legge*, 1884, I, 1; App. Firenze, 7 settembre 1887, *Foro italiano*, 1887, I, 1080. — In contrario: Trib. di Spoleto, 31 dicembre 1880, *Foro it.*, 1881, I, 690).

Per contrario, come ho già osservato, io inclinerei ad escludere il giuoco dal novero delle obbligazioni naturali, perchè non mi pare che rispetto al giuoco siavi quella fermezza della coscienza e quella concorde sanzione delle diverse norme sociali ch'è necessaria a costituire l'obbligazione naturale, com'io l'intendo. Che un padre di famiglia il quale perdette una sera tutte le sue sostanze al giuoco sia *moralmente* tenuto a spogliare la sua famiglia per gettar ciò che le serve di sostentamento tra le male branche d'un cavaliere d'industria, non credo che molti lo ritengano. Senza dubbio il concetto di *debito d'onore* si avvicina molto per la sua determinatezza e la sua forma a quello di obbligazione naturale. Ma l'onore è anche in parte un'idea sociale indipendente dalla morale e costituisce allora quel codice

cavalleresco destinato alla regola di rapporti così poco importanti e spesso così perniciosi che il loro sparire e disfarsi, come di tanti è accaduto, non ruina il mondo; salvo forse quello della poesia. Il gentiluomo, è vero, preferisce di pagare i suoi debiti d'onore, appunto, come diceva Fox, perchè non sono se non debiti d'onore; ma lo stesso Fox fece meglio a pagare il suo sarto, non appena questi ebbe lacerato la nota e ridotto, come a lui parve, un debito d'onore anche il suo. L'immoralità del debito di giuoco è stata del resto molto elegantemente messa in luce da un esimio civilista, il Simoncelli (Cfr. *Presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Discorso, Camerino 1890, pag. 34, 35).

A ogni modo, poichè per l'espressa disposizione dell'art. 1804 anche il debito di giuoco giustifica il pagamento, la mia è puramente un'opinione teorica (1). La giurisprudenza francese e italiana sembrano essere state tratte dalla dottrina ad ammetter l'obbligazione naturale, e quel ch'è peggio, ne ammisero anche la novazione (Cfr. per la giurisprudenza italiana: Cass. Torino, 3 giugno 1874, *Giurisprudenza*, Torino 1874, 581; Cass. Roma, 13 dicembre 1898, *Legge*, 1899, 1, 269). Il che poi è assurdo, anche ammesso che il giuoco sia obbligazione naturale e che la nostra obbligazione naturale si possa veramente novare; e sarebbe stato assurdo nello stesso diritto romano, se tra le obbligazioni naturali si fosse ammesso il giuoco, giacchè l'obbligazione naturale non poteasi novare se non quando fosse rimosso il motivo che l'aveva resa invalida all'origine, cioè lo schiavo fosse diventato libero, il pupillo pubere, e così

(1) [Questa mia dichiarazione è stata fraintesa (v. il III studio). Io non intendevo punto di riconoscere che positivamente nel nostro diritto il debito di giuoco è un'obbligazione naturale per espressa sanzione legislativa e che l'esclusione dal novero delle obbligazioni naturali sia di fronte al Codice un pio voto *de iure condendo*, un'opinione teorica in questo senso; bensì che, essendo la *condictio indebiti* negata egualmente per l'obbligazione naturale e pei debiti di giuoco, praticamente importa poco il dichiarare che *ciononostante* il debito di giuoco non è da includere tra le obbligazioni naturali].

via; mentre il giuoco è obbligazione invalida per un motivo immanente, la sua causa.

Se non che v'ha un debito di giuoco nel quale anch'io potrei riconoscere un'obbligazione naturale, ed è il caso che vien negato dalla sentenza annotata: il giuoco di borsa. Giureconsulti ed economisti insigni ritengono il giuoco di borsa nè immorale nè dannoso alla società, quando sia tenuto entro certi limiti (Cfr. Supino, *Le operazioni di Borsa*, c. XII, pag. 165 e segg.; e anche *Diritto commerciale*, XI, pag. 148 e segg.): e il legislatore stesso pare aver seguìto questa corrente, se ha concesso per i contratti di borsa l'azione, *anche quando abbiano per oggetto le mere differenze*, alla sola condizione che sieno rivestiti di certe forme. Ed è forse discutibile che la legge non ne abbia voluto escludere i contratti puramente differenziali — che vi ha così apertamente incluso — solo per la difficoltà di distinguerli dai contratti di vendita reale e attuale dei titoli.

Giusta è però la sentenza in quanto decide che la ricognizione di un'obbligazione naturale non basti a tramutarla in civile. Era questo, abbiamo visto, uno dei punti deboli della giurisprudenza, e la presente sentenza rappresenta una sana reazione.

II.

Il concetto dell'obbligazione naturale (*).

Il dissidio tra giurisprudenza e dottrina in tema di obbligazioni naturali è reciso ed insanabile. Da un lato nella giurisprudenza l'obbligazione naturale è sempre intesa e predicata come un'obbligazione morale, di coscienza; dall'altro lato la dottrina ci offre pur sempre una serie di costruzioni faticosamente elaborate, che più o meno tentano di riallacciarsi a quella che pare dovesse essere la figura classica dell'obbligazione naturale nel diritto romano. Anche l'illustre maestro di diritto civile, che ha pubblicato ora la seconda edizione delle sue bellissime *Obbligazioni* (Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, vol. I, pag. 93-167, Roma 1914), si palesa di nuovo con la maggior larghezza di analisi e col maggior fervore un rappresentante di questo indirizzo.

(*) Estratto dalla *Riv. dir. comm.*, XII, 1914, II, pag. 358-370. — È una nota (abbreviata) a varie sentenze, di cui ecco le massime: Corte d'appello di Torino, 28 marzo 1913: « Adempie un'obbligazione naturale chi paga volontariamente una somma per evitare ad uno di sua famiglia il pericolo e l'onta di un processo penale, pur conoscendo essere nullo il contratto col quale egli è impegnato a pagare la somma anzidetta. Non può quindi colui che abbia fatto tale pagamento pretenderne in seguito il rimborso invocando la nullità del contratto di cui sopra ». — Corte di cassazione di Torino, 29 marzo 1913: « Non costituisce donazione il soddisfacimento di un debito di coscienza. Un'obbligazione naturale può costituire valida causa di un'obbligazione civile ». — Corte d'appello di Torino, 18 novembre 1913: « È soddisfacimento dell'obbligazione naturale l'assegno fatto dal padre ad un terzo onde facilitare le nozze con esso della propria figlia. Tale assegno non è quindi soggetto alle formalità proprie delle donazioni. Parimenti esso è irrepetibile una volta soddisfatto ».

La mia opinione, ora come venti anni fa, è favorevole alla giurisprudenza; ora, come allora, io credo che l'enunciato generale della giurisprudenza non abbia bisogno, per l'esattezza scientifica e per ovviare a ogni equivoco, che di questo complemento e correttivo: che l'obbligazione morale sia di carattere patrimoniale.

Nell'esporre questa dottrina in una nota giovanile (*Foro ital.*, 1893, pag. 197 e seg.), quando io ne tentai la prima volta la dimostrazione, io mi riallacciavo al Gabba e al Giorgi, i due soli rappresentanti del concetto dell'equivalenza dell'obbligazione naturale all'obbligazione morale. Ciò mi ha procurato delle osservazioni, di cui debbo riconoscere in complesso la giustezza, da parte del Polacco (op. cit., pag. 146), il quale rileva la differenza tra la mia teoria e quella del Gabba e del Giorgi nella figura dell'obbligazione naturale e anche negli effetti, in quanto io riconosco che il pagamento di una obbligazione naturale non costituisce donazione.

Riconosco la divergenza. Non pare tuttavia che io fossi interamente dalla parte del torto nel considerare il concetto in sè come una determinazione maggiore di quella del Giorgi, se l'esimio magistrato nell'ultima edizione delle sue pregiate Obbligazioni, riferendosi tacitamente ai miei rilievi, li fa suoi, solo con l'avvertenza che la determinazione da me soggiunta era abbastanza ovvia e naturale (Cfr. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 7ª ediz., Firenze 1907, n. 54, pag. 65, nota 1). Ed alle sue considerazioni io potrei aggiungere che la stessa rubrica generale deve ammonire che si tratta di obbligazioni morali parallele a quelle civili esposte nel libro III, non già agli obblighi extrapatrimoniali, di cui offre esempi il diritto pubblico o il diritto di famiglia.

*
* *

La dimostrazione del mio concetto si può riassumere in poche parole. Il nostro Codice non parla di obbligazioni naturali se non all'art. 1237.

Per stabilire il pensiero legislativo noi non abbiamo altra guida se non la parola *naturali*. Essa è una guida puramente negativa, in quanto ci dice che quelle obbligazioni non sono scritte nel Codice; e poichè il vieto *ius naturale* è caduto, noi non possiamo identificare queste obbligazioni naturali se non con quelle imposte dalle norme sociali, dalla coscienza comune. Fra la norma giuridica e le norme sociali un *ens tertium* (per usar la frase del Polacco) non esiste. Dire poi che l'obbligazione naturale è un'obbligazione giuridica imperfetta, in quanto il Codice le riconosce un qualche effetto, è una mera e vuota *petitio principii*, poichè il problema è appunto di sapere a quali rapporti tale efficacia è riconosciuta. Col suo silenzio il legislatore stima che il significato della parola *naturale* sia chiaro abbastanza e infatti per un intelletto non traviato dal lavoro turbinoso della scuola storica, quel concetto è veramente chiarissimo ed univoco nella tradizione del diritto comune, nei padri del Codice francese, nella vita stessa, cioè in tutti quei campi dove si poteva presumere che il legislatore ne volesse fatta la ricerca. Se i giuristi del buon tempo antico invocavano il *ius naturale*, in pratica questa invocazione non significava se non il ricorso a principî morali universalmente riconosciuti. Interrogate Aristotele e Cicerone (cioè due filosofi, non due giuristi), interrogate le coscienze illuminate: sono i consigli semplici, ma non aberranti di forti commentatori del diritto romano e del diritto francese. Come sappiamo tutti, il Pothier definiva le obbligazioni naturali come quelle che vincolano chi le ha contratte nel foro dell'onore e della coscienza. È questa, infine, la teoria dei compilatori e dei commentatori del Codice francese, prima dell'avvento della scuola storica. Ma vi ha di più. In quella mia vecchia nota io ebbi ad osservare come questo tipo di obbligazione naturale non fosse estraneo al diritto romano, e precisamente fosse rappresentato da quelle nuove figure di obbligazione naturale sancite dalla *pietas*, dall'*officium*, dalla *fides*, le quali null'altro sono che obbligazioni di

natura patrimoniale, costituite da quelle diverse norme che riassumevano la morale sociale dei Romani.

Decisiva mi pareva in questo senso la comparazione delle nostre obbligazioni naturali a quei nuovi tipi, sia per le fonti, sia per gli effetti limitati.

Un ultimo rilievo: anche prima che si iniziasse la revisione delle teorie della scuola storica, un pandettista illustre, che era ancora sotto l'influenza di questa, il Dernburg, visto che oggi non esistono più nè schiavi, nè *filiifamilias* nel senso romano, riduceva la distinzione delle obbligazioni civili e naturali ad un'antitesi tra obbligazioni sancite dallo Stato e obbligazioni riconosciute unicamente dalla società civile ed estranee allo Stato (Dernburg, *Pandette*, II, traduzione ital. Cicala, § 4; Dernburg-Sokolowski, *System des Röm. Rechts*, II, § 260, 1912).

*
* *

Il motto d'ordine della dottrina dominante è di ricercare le obbligazioni naturali nella legislazione positiva.

La direzione è duplice: o si ricercano i singoli casi di obbligazione naturale in singoli testi di legge, o si ricercano nei principî generali di diritto. Talvolta gli scrittori oscillano tra l'una concezione e l'altra; molto spesso il problema svanisce in un mare di parole, in cui non si fa che parafrasare la nozione del Codice che l'obbligazione naturale è priva di azione, cioè con l'aria di risolvere la questione non si arriva nemmeno a posarla.

Coloro che ricercano le obbligazioni naturali nel Codice, in realtà non ne trovano che una sola, o al più due: il debito di giuoco e le usure indebite. Non sarebbero nè bei campioni, nè conformi alla tradizione e al diritto romano, che si rievoca in questo concetto. Invero nella storia delle obbligazioni naturali una cosa è evidente: che le obbligazioni naturali, in qualunque modo si vogliano concepite, hanno un fondamento etico, e anzi è per questo fondamento

etico che, nonostante le loro deficienze dal punto di vista positivo e formale, ad esse è concessa un'efficacia più o meno larga; non è insomma la ragione morale, la quale escluda il loro riconoscimento, bensì al contrario questa ragione impedisce il loro pieno annichilimento. Il debito di giuoco invece è una obbligazione nella struttura positiva perfetta, cui soltanto per ragioni etiche inerenti al suo fondamento è rifiutata l'azione. La posizione è capovolta. Siamo disposti tuttavia ad accettare anche un concetto arbitrario nuovo, delle obbligazioni naturali, quando è il legislatore stesso che lo fissa. Ma nessun testo ci dice che il giuoco o le usure indebite siano casi di obbligazione naturale, nè le parole della legge o la rubrica sotto cui le norme relative sono collocate fanno menomamente intendere che il legislatore dia loro quest'aureola.

Il Codice si limita ad escludere la *condictio indebiti*: ora che il diniego della ripetizione sia possibile per altri riguardi, oltre quelli dell'obbligazione naturale, è risaputissimo.

Concediamo tuttavia anche l'impossibile, cioè che si possa vedere in questa esclusione della *condictio indebiti* un esplicito riconoscimento dell'obbligazione naturale: chiunque peraltro dovrà convenire che l'obbligazione naturale non è stata creata per assegnare una casella e dare un'aureola al debito di giuoco; ed è anche poco elegante, aggiungiamo, il supporre che l'art. 1237 sia stato scritto per incasellare ipotesi disciplinate qua e là nel Codice e pienamente disciplinate. A che cosa giova infine abusare di questo titolo, se non a far nascere il dubbio che l'obbligazione di giuoco possa essere novata?

*
* *

In una via più ragionevole sono coloro che ricercano le obbligazioni naturali nei principî generali di diritto. In questa corrente è il Polacco. In realtà però questa ricerca non è che una vana illusione.

Le obbligazioni che gli autori si dànno l'aria di ricavare dai principî generali di diritto sono puramente obbligazioni morali di carattere patrimoniale. Ciò che illude è la struttura esteriore di questi rapporti analoga a quella delle obbligazioni giuridiche: ma si dimentica con questo che la morale e in genere le norme sociali disciplinano rapporti perfettamente paralleli nella struttura a quelli sanciti dal diritto, come aggiungono spesso la loro sanzione agli stessi rapporti giuridici.

È un motivo perfettamente fallace il parlare di una « virtuale coercibilità », poichè virtualmente coercibili sono tutti i rapporti della vita sociale, anche le obbligazioni morali di carattere non patrimoniale; ma non volendo perderci in vane discussioni, è certo che sono tali in modo innegabile tutti i rapporti di natura patrimoniale. Cogli autori pertanto che ricorrono ai principî generali di diritto parrebbe che nei risultati pratici finali noi fossimo d'accordo. Il vero è che, lavorando essi con un'idea vaga e inconsistente, brancolano nel vuoto e non porgono al giudice alcun criterio afferrabile. Ora si ammettono nel novero, ora si escludono le obbligazioni estinte da ingiusta assoluzione, secondo che appaia più o meno venerabile e saldo il principio del rispetto della *res iudicata*; ora si ammette, ora si esclude il pagamento degli interessi non convenuti, secondo che prevalga il sentimento etico o economico, ed è difficile scorgere il filo reale che dovrebbe ricondurre le sottili deduzioni ai principî generali mediante l'art. 3 delle disposizioni preliminari; ora si ammette, ora si esclude l'obbligo del padre di costituire un assegno ai figliuoli, secondo che appaia più saldo il principio dell'autonomia e della proprietà individuale o quello dei vincoli e dei doveri familiari. E mentre la molla segreta di tutto il ragionamento è sempre un motivo etico (esempio tipico è la prescrizione, che per dichiarazione espressa del Codice estingue l'*obbligazione*, non la mera azione e per consenso unanime lascia nondimeno sopravvivere un'obbligazione naturale), si suggeriscono al giudice

analogie di legge e analogie di diritto, deviando la sua attenzione da ciò che dovrebbe costituire la sua vera guida per escludere la *condictio indebiti*: l'intrinseca moralità del rapporto *nel caso concreto*, l'impossibilità etica di ammettere la ripetizione del pagato.

Di recente è stato espresso dal Pacchioni (*Rivista del dir. comm.*, 1912, II, pag. 405) il pensiero che il dibattito sulla dottrina dell'obbligazione naturale si risolva con l'applicazione dell'analisi dei due elementi dell'obbligazione, il *debitum* e l'*obligatio* (*Schuld* e *Haftung* nei termini tedeschi), cioè il dovere e la responsabilità patrimoniale. L'obbligazione naturale sarebbe un *debitum* senza *obligatio*.

Ma ammesso pure per un istante e per assurdo che la parola *obligatio* si debba adoperare rigorosamente anche oggidì nel senso della responsabilità patrimoniale, e che si debba reagire all'uso promiscuo dell'obbligazione e del debito, che cosa si viene a dire con la dichiarazione che l'obbligazione naturale è un puro *debitum* senza *obligatio?* Che nell'obbligazione naturale non vi ha mezzo giuridico per ottenere soddisfazione sul patrimonio, non vi ha modo di esercitare la coazione; in breve che l'obbligazione naturale è priva di azione. Si ritorna, come avviene nel linguaggio di molti autori, al punto di partenza. Il problema sarebbe posto sotto un altro aspetto, ma puramente e semplicemente posto, perchè si tratta pur sempre di stabilire quali sono queste obbligazioni che il Codice priva di azione, ma per cui accorda la *soluti retentio*.

*
* *

Tutte le critiche mosse al concetto dell'obbligazione morale o hanno radice nell'equivoco, o non concernono la mia dottrina, bensì la tesi antica del Giorgi senza la nota essenziale da me soggiunta. L'obbiezione capitale e generale è la *parola della legge*. Ma la parola della legge noi dobbiamo intenderla come il legislatore la intendeva, come l'ha intesa costantemente la tradizione giuridica fino all'av-

vento della scuola storica, come la intende la vita e la giurisprudenza, che è la più sicura interprete di quella vecchia tradizione e della vita. Le teorie eleganti messe in voga dalla scuola storica, e ora battute in breccia nel campo stesso del diritto romano, debbono cessare di esercitare il loro fascino. Il parlare poi di incoercibilità delle obbligazioni morali è per lo meno eccessivo nel campo delle stesse obbligazioni morali *non patrimoniali*. Vi ha nel diritto di famiglia e nel diritto pubblico numerose obbligazioni di simil genere che sono rese coercibili: nei rapporti militari anche obblighi di puro galateo, come quello di rendere il saluto, sono pur essi coercibili. Ma è poi assolutamente fuor di proposito l'insistere su questa nota di fronte alle obbligazioni morali di carattere patrimoniale. Il senso equivoco della parola *morale*, che ora si oppone a *giuridico*, ora a *patrimoniale* (e così avviene che nel campo stesso del diritto si chiamano morali obblighi che pure hanno sanzione giuridica), è ciò che trae in abbaglio in questa materia piena di equivoci.

Contro la mia teoria specifica nessuna obbiezione veramente logica è stata opposta. Il Polacco (op. cit., pag. 147), che pure è quegli che più seriamente la prende in considerazione, non la combatte in sostanza se non con un argomento pratico. Ma l'obbiezione pratica, cioè il pericolo di una nozione troppo ampia delle obbligazioni naturali, che impressiona anche altri seri studiosi, non nasce, in fondo, se non dalla persistenza di quella visione così larga dell'obbligazione morale, per cui si guarda essenzialmente, anzi esclusivamente alle obbligazioni che non hanno carattere patrimoniale. In realtà il concetto come noi lo poniamo non ha atterrito nè il legislatore romano, nè le legislazioni più moderne, le quali hanno abbandonato il termine oramai equivoco di obbligazioni naturali per sostituire quello più congruo e più conforme alla nostra coscienza di obbligazioni morali, ed è in ultima analisi il concetto cui si ispira senza eccessivi timori, costantemente, la pratica odierna.

*
* *

Come abbiamo detto a principio e come appare anche dalle sentenze che annotiamo, la giurisprudenza non mostra di lasciarsi deviare dal retto cammino, sia nei casi di obbligazione naturale, sia negli effetti. Due di esse sanciscono precisamente un di quei casi che con sottile ragionamento il Polacco rinnega, cioè l'obbligo del padre di costituire un assegno ai figli per causa di matrimonio. Si esclude altresì che il pagamento di un'obbligazione naturale costituisca donazione, il che risulta con perfetta evidenza dalla rubrica, dalla nozione stessa del pagamento nel pensiero del nostro legislatore e dall'efficacia che esso vuol concedere alle obbligazioni naturali. Si ammette infine che l'obbligazione naturale possa costituire valida causa di un'obbligazione civile, il che è perfettamente logico nè significa aggiungere un nuovo effetto alle obbligazioni naturali: quando si è costituita *ex novo* un'obbligazione sulla base di un rapporto preesistente, tutto è in regola, e se il rapporto preesistente era una obbligazione naturale, nulla vi ha in questo che possa fornire argomento di nullità, giacchè il diritto non esige se non che la causa non sia immorale, e l'obbligazione naturale è anzi, di solito, la più morale possibile.

In un caso solo (non offerto dalle sentenze che annotiamo) la giurisprudenza si è lasciata influire dalla dottrina, ed è il debito di giuoco, che essa pure qualifica in genere come obbligazione naturale. Ma ciò avviene perchè questa qualifica pare quivi innocua, essendo l'effetto della *soluti retentio* espressamente sancito dal Codice. Che se l'ammissione del debito di giuoco nella categoria delle obbligazioni naturali ha portato talora la giurisprudenza a riconoscere che un'obbligazione di giuoco possa anche essere convertita in obbligazione perfettamente valida mediante la novazione, anche di ciò la responsabilità ricade sulla dottrina, la quale ha operato quella dannosa riassunzione.

*
* *

Non è difficile ad un romanista di scoprire la sorgente di tutte le vaghe e inconsistenti teorie che hanno pullulato nella seconda metà del secolo scorso, e continuano a corrompere, con una dialettica sottile, ma inane, il puro e limpido ragionamento sulla base della legge e della realtà.

La rinascenza classica operata dalla scuola storica nella sua prima fase ha generato un ritorno alle dottrine o a quelle che parevano le dottrine dei giureconsulti romani, facendo cadere nell'ombra il punto di vista giustinianeo e la tradizione del diritto comune. Nel tema dell'obbligazione naturale è stato per noi decisivo l'insegnamento di due illustri maestri, romanisti e civilisti insieme: il De Crescenzio e il Filomusi. Esso ha prodotto un intenso e fecondo movimento di pensiero, ma altresì una deviazione dal semplice e sano indirizzo tradizionale. Una nuova fase, di revisione critica del lavoro della scuola storica, in cui si distinguono i due strati sovrapposti nelle fonti del *Corpus iuris*, il diritto romano classico e il diritto giustinianeo, si è iniziata sulla fine del secolo scorso. E per l'appunto quel nucleo delle obbligazioni naturali del diritto romano, al quale io richiamava le obbligazioni naturali moderne per l'identità del concetto e degli effetti, rappresenta ora il nucleo più definito delle riforme operate da Giustiniano in questa materia.

È una vittoria del diritto comune sul diritto della scuola storica; ma non è questo il solo campo in cui dal punto di vista positivo si debba segnalare questa vittoria. Benemerita del rinnovamento degli studi storici e della elevazione degli studi giuridici, la scuola storica ha per lungo tempo ostacolato così il movimento nuovo del diritto, come la visione realistica dei rapporti della vita moderna, riconducendo il pensiero al passato, alla vita classica e alle teorie vere o supposte dei giureconsulti romani. Il diritto comune, seguendo più la traccia di Giustiniano, che di Giu-

liano o di Gaio, lavorando più indipendentemente, era sempre, sia pure in forma inelegante e imperfetta, più vicino al vero. Non tarderà molto, io credo, e anche teorie ben più vaste e influenti che non questa delle obbligazioni naturali, messe alla luce dalla scuola storica, dovranno cadere nel vuoto.

III.

Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco (*).

1. Il tema delle obbligazioni naturali presenta un fenomeno forse unico, almeno per la sua imponenza e la sua continuità, che passa inosservato e pur dovrebbe far meditare. Una dottrina ricchissima, elaboratissima, e una giurisprudenza abbastanza ricca, più certo di quello che si creda, ma l'una con l'altra in un contrasto insanabile, si può dire anzi in una posizione strana di reciproca indifferenza: l'una sembra ignorare l'esistenza dell'altra: non una allusione alle teorie di scuola, che pure sono insegnate, sembra, da *tutte* le cattedre d'Italia (1), nella giurisprudenza; non un accenno alla giurisprudenza nella dottrina o accenni solo di sfuggita e di scorcio. Essenzialmente teorica è anche l'ampia e seria trattazione del Polacco, che occupa più di 70 pagine (93-167) delle sue bellissime *Obbligazioni*, ristampate ora in seconda edizione (2). Da un lato, nella giurisprudenza, l'obbligazione naturale è sempre intesa e predicata come un'obbligazione morale, di coscienza, benchè il giusto senso della realtà, anzi la realtà stessa come si presenta davanti ai tribunali, la mantenga in quel territorio delle obbligazioni morali in cui si tratta di prestazioni

(*) Estratto dalla *Riv. del dir. comm.*, XIII, 1915, pag. 97-133.

(1) [Negli ultimi tempi questo stato di cose si è modificato (vedi Postilla)].

(2) Vittorio Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, vol. I, Roma 1914. È lo svolgimento della teoria in quest'opera (che io considero come il saggio migliore e di gran lunga il migliore nell'indirizzo che io combatto), il quale mi ha indotto a trasformare la nota in uno studio indipendente.

patrimoniali, valutabili in denaro. Dall'altro lato, nella dottrina, una serie di costruzioni faticosamente elaborate, la cui tendenza comune è di ricercare i singoli casi di obbligazione naturale nel sistema del diritto civile o negli articoli del Codice civile, il quale non le menziona se non in un unico articolo e non ne riconosce in quell'articolo se non gli effetti, o, per meglio dire, un unico effetto, che non è nemmeno caratteristico ed esclusivo delle obbligazioni naturali: che ciò che fu pagato, fu ben pagato e non si ripete. Costruzioni spesso eleganti, finissime, ma di una tal finezza, che dovrebbe lasciarne apparire la fragilità e l'inconsistenza. Eppure di questa fragilità e inconsistenza, che non tocca l'una o l'altra teoria, ma tutto l'indirizzo, perchè è nelle radici, nessun sentore pare che si abbia nella dottrina.

Il fenomeno è veramente patologico (mi sia lecito adoperare questa parola) tanto pel contrasto irriducibile tra la dottrina e la giurisprudenza, quanto per l'acquiescenza della dottrina in questo indirizzo. Io credo che se si volesse addurre un documento della prevalenza che ha ancora in questa che noi chiamiamo pomposamente scienza del diritto e che è soltanto forse in via di divenir tale, il giuoco della dialettica, a base di motivi aprioristici e combinazioni arbitrarie di norme, sulla concezione realistica e sulla ricostruzione organica degli istituti, non si potrebbe scegliere più acconcio esemplare della discussione ora vaporosa, ora sofistica sul tema delle obbligazioni naturali. Tutti gli equivoci ed i sofismi del ragionamento, tautologia e *petitio principii*, *ignoratio elenchi*, *idola tribus* e *idola fori* e persino argomenti di autorità, pullulano nel nostro tema.

Ridotte al nocciolo concreto (dove un nocciolo concreto c'è, perchè talvolta non si fa che ricamare sul tema che l'obbligazione naturale è priva di azione) le varie opinioni si raggruppano, come ho accennato sopra, in due classi: o si ricercano i singoli casi di obbligazione naturale in singoli testi di leggi o si ricercano ne' principî generali di diritto.

Talvolta gli scrittori oscillano tra l'una concezione e l'altra. È uno dei pregi della tesi svolta dal Polacco di esprimere chiaramente la sua adesione a questa seconda e meno aberrante concezione (1).

Ma quando i creatori di teorie scendono sul terreno concreto, su quel terreno in cui con la realtà dei fatti si dovrebbe saggiare la virtù della teoria, essi non riescono menomamente a procedere sicuri e concordi. Se non che, pure esitanti e discordi in ogni ipotesi, gli autori in una sola si dànno la mano tranquilli, una sola pare indiscutibile a tutti, e in questa sono concordi gli stessi rappresentanti delle due diverse correnti, quella più aderente al Codice e quella che risale ai principî generali: il giuoco!

2. Prima di richiamare la mia vecchia opinione sul tema delle obbligazioni naturali e sul giuoco e confutare le obbiezioni, talora con molta leggerezza e con spirito antiscientifico, avanzate contro di essa, mi sia lecito stabilire in una breve digressione la singolarità, per non dire la stranezza, di questa posizione reciproca dei due argomenti.

Senza discutere per ora se la riassunzione del giuoco nella categoria delle obbligazioni naturali sia veramente una conclusione irresistibile e per la struttura di questa obbligazione e per il disposto espresso, come si dice, del nostro Codice, è certamente assai deplorevole, a mio avviso, che l'espressione saliente e tipica di un concetto idealistico ed etico d'ordine elevato sia una obbligazione, la quale ha spesso — e si può dire sempre quando viene dinanzi ai tribunali — un fondamento losco, immorale. Tutte le obbligazioni naturali che la giurisprudenza riconosce o che si possono escogitare, quelle stesse ipotesi assai scarse che i diversi autori con nessuna concordia mettono innanzi, sono tali appunto in base alla causa loro, che per la sua intrinseca virtù le solleva, per così dire, dal nulla in cui

(1) V. Polacco, op. cit., pag. 117, e specialmente pag. 119 e 123.

dovrebbero cadere: sono rapporti in cui solo per difetto di convenzione espressa, di forme, di capacità civile, e di autorizzazioni richieste, per decorso di tempo o esito ingiusto del processo, in generale per deficienza di requisiti positivi, civili, è negato il diritto di agire e il giudice non accoglie la domanda: la causa, insomma, è sempre tale da costituire un fondamento legittimo di obbligazione civile, una causa giuridica più che sufficiente, in quanto ha di solito un valore morale, che non hanno sempre, almeno in misura elevata, i negozi della vita giuridica: e se l'accordo su quella causa nei debiti modi sopraggiunge in seguito, non vi ha dubbio che sorge un'obbligazione civile, ossia, come impropriamente si suol dire, l'obbligazione naturale viene ad essere novata. In quella vece l'obbligazione di giuoco non difetta di alcun requisito intrinseco, formale: l'accordo è debitamente e regolarmente costituito tra soggetti capaci, e di regola padroni giuridicamente, anzi troppo padroni dei loro atti; la prestazione convenuta è il più genuino e determinato oggetto dell'obbligazione, una somma di danaro; il debito non si lascia certamente invecchiare, perchè le norme sociali (il mondo, direbbe il cardinal Federigo) ne impongono la soddisfazione immediata. Il vero difetto di questa obbligazione è appunto nella sua causa, che non è parsa al diritto per ragioni etiche degna di tutela, o almeno degna di quella tutela energica rappresentata dal diritto di agire. La struttura di questa obbligazione, pertanto, la isola dalle sue sorelle, di cui si assume come tipo; tanto è vero che se le altre obbligazioni possono essere, come si dice, novate, questa non potrebbe in nessun modo, e la dottrina che ne fa un'obbligazione naturale, senza conseguire alcun effetto utile (perchè l'effetto della *soluti retentio* nel debito di giuoco è sancito espressamente dalla legge e non c'è ragione di invocare il concetto dell'obbligazione naturale per riconoscerlo), ha ottenuto il deplorevole risultato, di confondere la giurisprudenza riguardo alla possibilità della novazione.

Vi è poi un rilievo storico che non è certo da disprezzare. La dottrina odierna dell'obbligazione naturale ha radice in ultima analisi (meglio apparirà nel seguito) in una tradizione storica male appresa, nel tentativo di foggiare una costruzione elegante, che offra una certa analogia di caratteri con quella che emerge dalle pure fonti romane, alle quali la scuola storica ebbe il merito di richiamare. Nel diritto romano, per vero, non sembra che l'obbligazione naturale si confonda con l'obbligazione morale (sicura oramai non si può più ritenere la cosa se non pel diritto classico; ma non suscitiamo un vespaio), donde la persuasione ed il consenso puramente dottrinale e non popolare che il nostro Codice col termine obbligazione naturale intenda pur esso qualcosa di diverso dall'obbligazione morale, donde, in breve, la tendenza a dar vita ad una creazione che, per quanto sia un'ombra dell'antica, nondimeno abbia una figura propria autonoma, e arieggiante il modello romano. Ora l'obbligazione di giuoco non è menomamente accostata all'obbligazione naturale, nè nel diritto classico, nè nel diritto giustinianeo; la cosa avrebbe fatto rabbrividire il giurista, e avrebbe strappato agli imperatori uno di quei rescritti severi, col mònito rituale *falso tibi persuasum est* o simili. Essa è anzi un rapporto sociale rigorosamente perseguitato, in quanto si ammette persino la ripetizione del pagato come indebito.

Queste considerazioni per ora non hanno altro scopo che di mettere in luce la posizione del debito di giuoco di fronte alle sue dubbie sorelle naturali.

3. E passo dopo questo a richiamare la mia teoria svolta in una nota abbastanza ampia pubblicata nel *Foro italiano* più di venti anni fa.

Io sostenevo in quella nota che le obbligazioni naturali del nostro Codice altro non erano se non le obbligazioni di carattere patrimoniale riconosciute e sancite dalla morale sociale, distinguendole per tal modo dalle obbligazioni

morali non aventi una natura patrimoniale, le quali si possono bensì paragonare alle obbligazioni familiari o alle obbligazioni di diritto pubblico, ma non già alle obbligazioni giuridiche della sfera patrimoniale. Ripeto le parole stesse della mia nota per mostrare ancora più nettamente come io mi raffiguravo e come mi raffiguro ancora senza la menoma modificazione il concetto: « Quando il nostro diritto ci parla di obbligazioni naturali e non ci dice quali sieno, non ci assegna nessun criterio per delimitarle ad una certa sfera, nè la giurisprudenza moderna ha il potere di crearlo — chè altrimenti potrebbe, come la romana, crear le obbligazioni naturali anche senza l'art. 1237 —, che cosa dobbiamo intendere per esse se non tutte le obbligazioni sociali, fermamente riconosciute, di carattere patrimoniale? *Di carattere patrimoniale*, ripeto: perchè questo è l'unico limite che si possa stabilire, sia in base ai principî generali del diritto, versando tutte le obbligazioni di cui tratta il libro III del Codice, nel campo patrimoniale, sia per aver la donazione rimuneratoria, cioè la donazione fatta in ricambio di servigi che di per sè non stabiliscono propriamente un rapporto patrimoniale, la sua regola nell'art. 1051 » (1).

In quella nota giovanile io mi riallacciavo al Gabba e al Giorgi, dichiarando che il mio concetto non era se non « una determinazione maggiore » della teoria che raffigurava nelle obbligazioni naturali dei puri obblighi morali e di coscienza. È sempre stata una tendenza del mio spirito quella di non voler apparire troppo innovatore o rivoluzionario, e non mi ha giovato sotto nessun aspetto. Nel caso presente essa mi ha procurato delle giuste osservazioni da parte del Polacco: l'illustre maestro di diritto civile rileva che tra la mia teoria e quella del Gabba e del Giorgi « corre distanza come tra il giorno e la notte », e così prosegue, illustrando nettamente questa differenza sia nella

(1) *Foro ital.*, XVIII, 1893, pag. 157 (pag. 19 dell'Estratto). [V. sopra, pag. 18].

figura dell'obbligazione naturale, sia negli effetti: « Abbiamo ripetuto a sazietà che il Giorgi (per non dire che di lui) ha condotto alle ultime naturali conseguenze la sua negazione di questo *ens tertium* e, posta l'equazione tra obbligazioni naturali e doveri morali, ha concluso logicamente esserci donazione dove altri ravvisa pagamento. Su questo, ch'è il punto capitale, il Bonfante invece è agli antipodi: per lui le obbligazioni naturali del Diritto civile italiano non sono semplici e generici obblighi morali, sibbene quei tali *officia* di contenuto patrimoniale tutt'oggi imposti da esigenze e ragioni sociali, che costituivano, lo vedemmo, in Diritto romano i casi di *natura debere*, detti da qualche romanista obbligazioni naturali improprie, inducenti il solo effetto della *soluti retentio*, ma questa nel vero senso della parola, cioè che « la dazione non costituisce donazione; nel pensiero del legislatore pagamento e donazione sono concetti incompatibili (Bonfante, *Istit.*, § 125, p. 352 [376 della 5ª edizione]) ». Dopo così esplicita dichiarazione che cosa più rimane dell'incondizionato plauso alle idee fondamentali del Giorgi? » (1).

Con queste parole io sono, come dice il Polacco, e potrei ripetere lo stesso, perchè ognuna di quelle dichiarazioni è esatta, rimesso al mio posto.

Purnondimeno, riconoscendo sempre la divergenza, grave specialmente in ordine agli effetti, non parrebbe che io fossi interamente dalla parte del torto nel considerare il mio concetto come una determinazione maggiore di quello del Giorgi, se l'esimio magistrato nell'ultima edizione delle sue pregiate *Obbligazioni*, riferendosi tacitamente ai miei rilievi, li fa suoi, avvertendo, peraltro, che la determinazione che io soggiungeva era abbastanza ovvia e naturale. Ecco le sue parole: « Aggiungiamo alla formula della prima edizione il *carattere patrimoniale*, perchè ci siamo accorti che il silenzio su questo punto era causa di equivoci. Veramente l'aver

(1) Polacco, op. cit., pag. 146, 147.

attribuito a siffatte obbligazioni naturali la *soluti retentio* avrebbe potuto bastare al nostro intento, perchè non si possono concepire pagamenti e ritenzioni nelle obbligazioni se non sono patrimoniali » (1).

Io potrei sottoscrivere a queste parole del Giorgi. Ma poichè la critica degli autori al concetto dell'obbligazione morale si fa essenzialmente, anzi direi *esclusivamente*, insistendo sulle obbligazioni morali di carattere non patrimoniale, e anche dopo la mia nota è questo l'argomento principe degli scrittori e dello stesso Polacco, poichè da tutte le parti si fa pur sempre richiamo all'art. 1051 per dimostrare che le obbligazioni naturali sono pel nostro legislatore cosa distinta dalle obbligazioni morali, converrà chiunque che la mia insistenza: « di carattere patrimoniale, dico e ripeto », era tutt'altro che fuori di luogo. E non pare che abbia nemmeno giovato a togliere gli equivoci che egli lamenta.

Riassumo gli argomenti principali della mia tesi. L'uno era desunto dalla stessa evoluzione del concetto nel diritto romano. Le vere e tipiche obbligazioni naturali classiche, io dicevo, noi non le possediamo più: i nuovi tipi, sanciti dalla *pietas*, dall'*officium*, dalla *fides*, null'altro sono che obbligazioni di natura patrimoniale, costituite da quelle diverse norme che riassumevano la morale sociale dei Romani. E decisivo mi pareva poi questo argomento per la comparazione delle nostre obbligazioni naturali a quei nuovi tipi del diritto romano: poichè mentre noi non potremmo assolutamente consentire alle nostre obbligazioni naturali gli effetti delle classiche obbligazioni naturali, l'efficacia ridotta di questi nuovi tipi corrisponde a capello a quella delle nostre obbligazioni naturali: esclusione della *condictio indebiti*, esclusione della donazione.

Oggi si può dire di più: probabilmente le obbligazioni naturali classiche si riducevano ai due casi tipici, inerenti

---

(1) G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 7ª ediz., Firenze 1907, n. 54, pag. 55, nota 1.

all'ordinamento della società e della famiglia romana, schiavi e *filiifamilias* (1): in tutti gli altri casi la riassunzione esplicita o implicita sotto la categoria dell'obbligazione naturale è opera dei compilatori, i quali sembrano avere per i primi nutrito la tendenza di *naturalizzare* una serie di casi di esclusione della *condictio indebiti*, senza però giungere all'estremo, cui giungono i nostri scrittori, talmente pervasi da questa tendenza da mostrar quasi di ritenere che l'esclusione dalla *condictio indebiti* senz'altro rappresenti una dichiarazione espressa di inclusione nella categoria delle obbligazioni naturali.

Ma lasciamo pure il campo del diritto romano puro, la cui ricostruzione dal tempo della scuola storica è un continuo travaglio. Certo questa era l'intelligenza del diritto comune prima del sorgere della scuola storica: e se i giuristi del buon tempo antico invocavano talora il *ius naturale*, in pratica questa invocazione non significava se non il ricorso a principî morali universalmente riconosciuti. Interrogate le coscienze illuminate, interrogate Aristotele e Cicerone (cioè due filosofi, non due giureconsulti) e in generale gli uomini sapienti: sono consigli su cui si è esercitata la *verve* caustica dei moderni, ma sono consigli che nella loro forma ingenua esprimono lo stato ed il còmpito della giurisprudenza di fronte al tema delle obbligazioni naturali. Era questa poi la teoria del vero padre spirituale del Codice francese e dei Codici latini in generale, il Pothier. Obbligazioni naturali, lo sappiamo tutti, sono per lui quelle che nel foro dell'onore e della coscienza vincolano chi le ha contratte, cioè le obbligazioni morali. E se da queste egli distingueva le obbligazioni imperfette, come i doveri di carità e di beneficenza a titolo di gratitudine, è evidente la preoccupazione unica che lo moveva: eliminare quei rap-

(1) A ciò induce lo studio del GRADENWITZ, *Natur und Sclave*, in *Festgabe für Schirmer*, Königsberg 1900, pag. 133-179, e principalmente la sicura interpolazione acutamente rilevata nella L. 10, D., 44, 7, e nella L. 16, § 4, D., 46, 1 (*eorum* nomine, in luogo di *servorum* nomine).

porti sociali, che non hanno carattere patrimoniale, cioè struttura analoga alle obbligazioni giuridiche della sfera patrimoniale. È questa infine la teoria dei compilatori e dei primi commentatori del Codice francese, non turbati ancora dal violento irrompere delle teorie della scuola storica. Che più? Nella stessa fase ultima del diritto romano, già prima che si iniziasse la revisione dell'opera e delle teorie della scuola storica, uno dei più illustri pandettisti, e forse tra tutti lo spirito più pratico, il Dernburg, riduceva la distinzione ad una antitesi tra obbligazioni sancite dallo Stato e obbligazioni riconosciute unicamente dalle società civili e straniere allo Stato (*dem Staate fremd*) (1), e lo stesso celeberrimo Windscheid, benchè non troppo felice in questa parte, non viene a dire cosa diversa in ultima analisi quando chiama le obbligazioni naturali « quelle che sono tali puramente e semplicemente nel senso naturale, non già in pari tempo nel senso giuridico (*für die natürliche Auffassung, nicht auch zugleich für die juristiche*) ». Tale è finalmente l'intelligenza della vita non corrotta dalla tradizione dottrinale, inaccessibile ad un cervello non nutrito di torbide visioni ideologiche e quindi non educato a credere di comprendere l'incomprensibile; abito o convinzione che si acquista dalle persone intelligenti con l'abuso delle astrazioni, delle sottigliezze e delle mere parole.

Un *quid medium* tra il diritto e la morale o le altre norme sociali non esiste, a meno di non ricadere nel vieto *ius naturale;* e se il Codice non vi definisce le obbligazioni naturali, se non ve ne accenna una sola (che sia *espressamente* attestato il giuoco è un sogno!), voi dovete ricercare a quali rapporti della vita il legislatore intenda alludere; voi dovete ricercare qual è il significato della parola *naturale* nella tradizione del diritto comune, nella mente del legislatore, nella vita stessa. Il giudice, quando in una

(1) Dernburg, *Pandette* (trad. ital. Cicala), vol. II, § 4; Dernburg-Sokolowski, *System des Röm. Rechts*, II, 1912, § 260.

ipotesi nega la *condictio indebiti* solo perchè vi ritrova una obbligazione di coscienza, non è che l'interprete di questa vita, lo scrutatore della coscienza sociale, a cui non certo in questa sola ipotesi il legislatore lo rinvia; il giudice di qualunque grado, aggiungiamo, per non suscitare l'indignazione (veramente un poco eccessiva di fronte ad errori ben più gravi commessi in materia) degli annotatori del Crome. Che quei rapporti della vita in cui vi ha un obbligo patrimoniale ben determinato e nettamente riconosciuto dalla morale sociale, una volta muniti di quel limitato effetto, si abbiano a dire rapporti giuridici, o anche obbligazioni giuridiche imperfette, è altra questione, e, aggiungiamo, questione puramente accademica e di nessuna entità.

4. Volgiamoci ora all'opinione dominante, cioè a quella serie di formule che affermano, sempre con grande energia, come un domma di fede, la distinzione delle obbligazioni naturali dalle obbligazioni morali e di coscienza, in quanto le prime sarebbero obbligazioni giuridiche. Intanto, debbo pur dirlo, nella maggior parte degli scrittori, anche ragguardevoli, io non trovo che pura tautologia. Leggendo e rileggendo alcune trattazioni, dopo un lungo discorso, siamo pur sempre al punto iniziale. Per prudenza io riferirò le parole di un trattato recente ed eccellente sotto ogni riguardo, ma di autori stranieri. Ecco come Baudry-Lacantinerie e Barde definiscono l'obbligazione naturale: « Come definire l'obbligazione naturale sotto l'impero della nostra legislazione? Applicando a questa la formula classica si può dire: l'obbligazione naturale è, come l'obbligazione civile, un vincolo di diritto che ci costringe a dare, a fare, o non fare qualche cosa, ma con questa particolarità: che a differenza dell'obbligazione civile essa non è sanzionata dal diritto di azione » (1).

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, II, n. 1656, pag. 749, 750 dell'edizione francese.

Benissimo: siamo d'accordo, così dice il Codice, ed è l'unica cosa che possiamo ripetere con sicurezza da più di mill'anni. Ma si tratta per l'appunto di sapere *quale è questa obbligazione non munita di azione, ma non soggetta a ripetizione.* La definizione che gli illustri autori presentano ci lascia completamente al buio, ci dice quel che è sancito dal Codice, ma non ci porge l'essenza dell'obbligazione naturale: da quella formula, pertanto, non si desume nulla. Purnondimeno gli illustri autori credono che essa sia piena di senso e di conseguenza, e proseguono: « Anch'essa, *dunque*, ha carattere giuridico. Se Pothier dice che essa non vincola il debitore che nel foro dell'onore e della coscienza, gli è perchè egli si colloca dal punto di vista pratico, e perchè l'esecuzione di questa obbligazione dipende assolutamente dalla coscienza del debitore. Bisogna, *per conseguenza*, guardarsi dal confondere l'obbligazione naturale coi doveri morali, la cui esistenza non è riconosciuta dal diritto » (1).

Che tutto questo consegua da quella definizione, è una illusione non rara nelle materie giuridiche, in cui la dialettica riduce spesso il sillogismo all'uso puro e semplice delle particelle del ragionamento, colleganti proposizioni che non hanno tra sè alcun rapporto logico sostanziale.

Quanto al Pothier, egli è calunniato in questo discorso, perchè il Pothier formulava per l'appunto una definizione delle obbligazioni naturali, laddove coloro i quali parlano unicamente di obbligazioni prive di azione non dicono nulla.

Vi ha tuttavia scrittori, benchè in minor numero, che non cadono in questo equivoco, di credere che la parafrasi dell'art. 1237 ci dia l'essenza dell'istituto sotto l'impero del nostro Codice. Non direi che anche nei migliori si ritrovi sempre una chiara visione del nodo della questione, una sicura e netta formulazione del concetto dell'obbligazione naturale; ma per lo meno si avverte una certa coscienza che la questione non è esaurita con la sua posizione. Vi

(1) Baudry, loc. citato.

ha la schiera di coloro che per l'esistenza di una obbligazione naturale esigono il *riconoscimento del diritto positivo caso per caso;* s'intende, un riconoscimento, per usare le parole di uno dei più eminenti seguaci di questo indirizzo, « non pieno, senza, cioè, conferimento di azione, e ridotto a quei più o meno ristretti effetti a seconda dei varî casi » (1). Ora sinchè si resta nell'astrazione e nelle formule la cosa va, dirò anzi che in astratto questa formula è delle più plausibili: il legislatore poteva dire benissimo caso per caso quali erano le obbligazioni naturali e sancire anche, se si vuole, a seconda dei varî casi, per dirla col Manenti, i limitati effetti di ciascuna obbligazione. Ma il male è (male si intende per i seguaci di questa opinione, non per noi che non crediamo che il legislatore anche dal punto di vista pratico abbia menomamente peccato) che egli non l'ha fatto. Sulle obbligazioni naturali, menzionate in più d'un centinaio di testi nel diritto romano, il nostro Codice è muto fuori dell'art. 1237. Sicchè, scendendo al terreno concreto, quella formula è inapplicabile. Una sola ipotesi farebbe eccezione o al più due, ma sulla seconda non vi ha concordia: il debito di giuoco e le usure indebite. Non sarebbero bei campioni, ma siamo disposti ad accettare anche un concetto arbitrario, nuovo delle obbligazioni naturali, quando è il legislatore stesso che lo fissa.

Ma nessun testo ci dice che questi siano casi di obbligazione naturale, nè le parole o la rubrica sotto cui son collocati fanno menomamente intendere che il legislatore dia loro questa aureola. Il Codice si limita ad escludere la *condictio indebiti.* Ora che il diniego della ripetizione sia possibile per altri riguardi oltre quelli dell'obbligazione naturale, è risaputissimo.

Per includere il giuoco o le usure indebite tra le obbligazioni, bisogna nutrire già il preconcetto che questi siano

---

(1) Manenti, *Del debito di giuoco in rapporto alla teoria dell'obbligazione naturale*, in *Riv. del dir. comm.*, 1910, I, 85.

casi di obbligazione naturale, e quindi avere nello spirito un concetto dell'obbligazione naturale che li comprenda: nel Codice non abbiamo una sanzione nè espressa, nè implicita, e l'unanime consenso dei civilisti in ordine al giuoco (1) che questa obbligazione naturale risulti da un'esplicita dichiarazione di legge è cosa veramente meravigliosa.

Ma sia come si vuole, per ora, su questa ipotesi di obbligazione naturale. Concediamo anche l'impossibile, cioè la esplicita dichiarazione. Chiunque, peraltro, dovrà convenire che l'obbligazione naturale non è stata creata per assegnare una casella e dare un'aureola al debito di giuoco: e sarebbe desiderabile che si cercasse in qualche altro articolo del Codice un'espressa sanzione altrettanto concludente o inconcludente, benchè a dire il vero, mi sembra anche poco elegante il supporre che l'art. 1237 sia stato scritto per incasellare e colorire ipotesi disciplinate qua e là nel Codice. La legge non porge motivazioni, non le porge fuori di posto, e sovratutto non propone un *Vexierbild* « cercare nel Codice », per illudere poi con dubbie immagini, come questa del giuoco, che non ha proprio l'onesta fisonomia di una obbligazione naturale.

5. E veniamo a coloro che più saviamente, di fronte alle condizioni legislative concrete, invocano i principî generali di diritto. In questa corrente è il Polacco, e giova fissar la tesi del Polacco, sia perchè il vizio logico è comune a tutti gli indirizzi, e quindi le varie formule sono, per così dire, fungibili, sia perchè il ragionamento del Polacco è senza dubbio il più acuto e il più elaborato, seducente anzi al segno che io ho visto giovani di valore rimanerne abbagliati.

Comincia il Polacco col dichiarare che egli si schiera « nel secondo gruppo di giuristi, quelli che rintracciano il

---

(1) Non vi ha che una sola, ma decisa eccezione, il Ferrara. Vedi specialmente: *Il pagamento « ob turpem causa »*, negli *Studi senesi*, vol. XXIX, 1913 [Ora anche il Brunetti: v. Postilla a questo scritto].

predetto fondamento (delle obbligazioni naturali) nel diritto positivo ». Ma egli trova, e in ciò ha pienamente ragione, che la legge è muta, salvo nel caso del giuoco e della scommessa, e allora egli insegna che la nostra via è tracciata dall'art. 3 del titolo preliminare del Codice, cioè l'analogia di diritto « desunta dai principî generali del diritto, per i quali è oramai quasi concordemente ammesso che si debba intendere l'assieme di quei principî che emanano da tutto lo spiritto della nostra legislazione positiva ».

Abbandonata pertanto la ricerca di un testo esplicito di legge per i singoli casi di obbligazione naturale, criterio che il Polacco ritiene altresì malsicuro « potendo darsi che ci sia un simile testo e ciò nulla stante si debba concludere non potersi discorrere di obbligazione naturale », è nell'indole intrinseca del rapporto, nella sua *virtuale coercibilità* che egli ritrova il carattere positivo e il fondamento dell'obbligazione naturale. Riferiamo le sue parole: « È infatti da questa intrinseca natura del rapporto che si può dedurre se esso debba avere il carattere di obbligazione naturale, se cioè, pur non arrivando a costituire un'obbligazione civile, si differenzia tuttavia dai semplici doveri morali, che stanno fuori dal campo giuridico. Ora per decidere questo, un criterio certamente utilizzabile è quello della virtuale coercibilità, dato dallo Zachariae e dietro di lui dal Laurent. *Sta infatti nell'essenza dei doveri morali che non possono formare oggetto assolutamente di coazione.* Una legislazione, salvo che sia tirannica, non li può imporre, rendendoli suscettibili di esecuzione forzata, poichè in tanto è morale il dovere, in quanto lo si può solo spontaneamente adempiere » (1).

Io non so se sia una vaga coscienza del carattere inconsistente di questa formula, ciò che suggerisce al Polacco una ulteriore determinazione che complica la formula. Fissato quel criterio, il Polacco procede a fissarne uno nuovo

(1) Polacco, op. cit., pag. 117, 118.

per la virtuale coercibilità e prosegue immediatamente il suo discorso così: « Ma bisogna fare un passo più in là, perchè la questione in simil guisa è semplicemente spostata, ma non risoluta ancora. Infatti, si chiederà, qual è il criterio per decidere se una data prestazione sia, potenzialmente almeno, o non sia coercibile? *Il criterio, rispondo, è il seguente* (1): È coercibile la prestazione se diretta ad attuare quella norma fondamentale della giustizia che sta racchiusa nel *suum cuique tribuere.* Allora, infatti, il dovere non riguarda solo, se così è lecito esprimersi, *la coscienza morale*, ma qualche cosa di più: *la coscienza giuridica*, la quale mal sopporta indebiti arricchimenti a danno altrui. Perchè poi questa norma di giustizia del *suum cuique tribuere* possa trovarsi, per l'inosservanza dell'obbligazione naturale, inadempiuta, che cosa si suppone *evidentemente?* Si suppone che ci sia un *rapporto già precostituito* tra due persone, rapporto che, *per ragioni di ordine pubblico* dal legislatore prese in considerazione, non potè assorgere al grado di obbligazione civile, ovvero che, perfetto nell'origine, è poi venuto meno per cause di mera creazione del diritto civile ordinate nell'interesse pubblico indipendentemente dalla effettiva esecuzione cui il debitore era astretto o da un reale equipollente di essa » (2).

Nelle ipotesi concrete, il Polacco trova realizzate queste condizioni nell'obbligazione di giuoco, nel debito prescritto, nell'obbligazione estinta da ingiusta assoluzione e dal giuramento decisorio. Non le trova invece nell'obbligazione del padre di provvedere in conformità delle proprie sostanze a dotare le figlie o in genere a dare un assegno ai figli per causa di matrimonio.

Ora questa laboriosa architettura rivela un edificio che fa crepa da tutte le parti, nonostante l'aspetto estetico, che

(1) Mi permetto di sottolineare, per comodo del lettore, i passaggi dubbi e i concetti equivoci avanzati dall'illustre civilista in forma troppo semplice e apodittica.

(2) Polacco, op. cit., pag. 118, 119.

ad esso conferisce la sua stessa finezza di lavoro. L'art. 3 delle disposizioni preliminari potrà suggerire la norma di un rapporto che sia certamente giuridico, perchè si verifica nell'àmbito di un istituto giuridico, pur non essendo disciplinato espressamente dal Codice, per la scarsa importanza dell'istituto stesso. Noi dobbiamo in questo caso ricorrere a materie analoghe, e, ad esempio, per stabilire la responsabilità in tema di permuta, ricorrere, anche senza espresso richiamo del Codice, al più ricco regime della vendita, e se non basta il ricorso a materie analoghe, dobbiamo ispirarci pel regolamento di quel rapporto ai principî generali, che risultano dall'analisi di un più vasto complesso di istituti, per es. del sistema dei contratti o delle obbligazioni. Ma *nel caso nostro* non si tratta di ricercare la norma di un rapporto giuridico, bensì di ricercare *se un rapporto giuridico esiste:* ciò dipende unicamente dall'interpretazione che si dà all'art. 1237 e al termine obbligazione naturale. Credere che si debba o che si possa per questa interpretazione giovarsi dell'art. 3 disp. preliminari è una illusione, nascente dal fatto che la fisionomia del rapporto riconosciuto come obbligazione naturale dev'essere necessariamente analoga, parallela anzi a quelle dei rapporti muniti di azione. Il Polacco si richiama in effetto alla *virtuale coercibilità* del rapporto. Che cosa significa questa virtuale coercibilità? Significa, com'è ovvio, e come poi il Polacco viene a spiegare, che il rapporto avrebbe in sè gli elementi essenziali di un'obbligazione giuridica, due soggetti, un oggetto, una base concreta di obbligazione, che potremmo chiamar causa, atta a giustificare il vincolo tra le parti, ma che ragioni di ordine pubblico, o in genere cause di mera creazione del diritto civile, fanno che non possa assorgere al grado di obbligazione perfetta o che l'obbligazione civile sôrta divenga nulla, si estingua.

Ora quando l'obbligazione è di fronte al diritto in queste condizioni, essa *non è* un'obbligazione giuridica; per rispettabile che essa sia, noi dobbiamo dichiararla un'obbliga-

zione sociale. Il vincolo che lega le parti, se nel diritto tale obbligazione è nulla o estinta, sarà un vincolo oramai di ordine etico, non un vincolo giuridico. I casi stessi riconosciuti dal Polacco lo dimostrano: obbligazioni estinte da ingiusta assoluzione, obbligazioni estinte da prescrizione saranno obbligazioni altamente morali, sacrosante, ma non sono giuridiche; poichè la prescrizione è espressamente dichiarata un modo di estinzione « dell'obbligazione » e il rispetto della *res iudicata* è il più saldo principio della procedura. Illudersi per la circostanza che queste obbligazioni hanno la struttura esteriore delle obbligazioni giuridiche, significa dimenticare che la morale e in genere le norme sociali disciplinano rapporti perfettamente paralleli nella struttura a quelli sanciti dal diritto e aggiungono spesso la loro sanzione agli stessi rapporti giuridici.

La radice dell'equivoco è chiara dalle parole stesse con le quali il Polacco svolge l'essenza della « virtuale coercibilità ». Questa radice è l'eterna confusione tra obbligazioni morali di carattere patrimoniale e obbligazioni morali di carattere extrapatrimoniale. È a questa seconda categoria che il Polacco allude quando parla della loro incoercibilità, è a questa seconda categoria che alludono gli autori quando richiamano contro il concetto della obbligazione morale il regime delle liberalità fatte per riconoscenza a norma dell'art. 1051. L'equivoco si complica di un'altra confusione di termini (è questo, abbiamo detto, uno dei territori in cui il ragionamento è più gremito di vizi dialettici), cioè il doppio uso del termine morale, ora in opposizione a *patrimoniale*, ora in opposizione a *giuridico*, cioè o in relazione all'oggetto e al contenuto o in relazione al carattere della norma e della sanzione. Se il Polacco insieme con la schiera degli autori parla di obbligazioni morali incoercibili, lo fa perchè si colloca dal punto di vista delle obbligazioni patrimoniali, e in questo territorio, naturalmente, non vede che siano rese mai coercibili obbligazioni, il cui contenuto non è patrimoniale. Ma se avesse collocato la categoria delle obbliga-

zioni morali non patrimoniali nel suo vero territorio, nel diritto di famiglia o nel diritto pubblico, si sarebbe accorto che la coercibilità non è punto esclusa. L'obbligo di prestare il servizio militare, l'obbligo di presentarsi, se richiesto, come giurato o presidente di seggio elettorale, l'obbligo di allevare e di educare i figliuoli sono bene obbligazioni non patrimoniali, cioè morali, secondo l'uso o abuso del linguaggio, e nondimeno rese coercibili. Sino ad un certo punto, cioè non in modo assoluto, come egli si esprime, ma in modo relativo, sono d'accordo con lui che una legislazione la quale moltiplichi gli obblighi di simil genere è una legislazione tirannica e stolta. Noi giuristi sappiamo bene che il diritto è sempre un male, in quanto è un limite alla libertà, e nella serie delle applicazioni riesce inesorabilmente a sancire qualche iniquità. Tuttavia conviene pur rassegnarsi a distinguere anche tra gli obblighi puramente morali in questo senso: se il legislatore mi sancisce, come l'imperatore Augusto, l'obbligo di prender moglie o marito a una data età, io certo non esito punto a giudicar tristemente così lo stato della società, come l'opera e l'illusione di un siffatto legislatore, se mi sancisce l'obbligo al voto io resto gravemente in dubbio, se mi sancisce l'obbligo del saluto nei rapporti militari io mi inchino alle ragioni superiori della disciplina militare, ma se m'impone, come il Codice della marina mercantile, l'obbligo del soccorso in mare anche a nave straniera o nemica in pericolo io assento pienamente e vorrei che anche in terraferma una norma simile non facesse difetto.

Il diritto privato, in sostanza, è un diritto patrimoniale, e nei rapporti extrapatrimoniali, nei rapporti di famiglia io sarei piuttosto per una maggior libertà che per un incremento di restrizioni e di obblighi giuridici: ma tuttociò non significa che gli obblighi esistenti in siffatti territori siano per sè stessi incoercibili. Soltanto, essi non riguardano il campo nostro, ed è bene che non confondano il nostro ragionamento.

D'altra parte non si può dare il nome di giuridico ad un rapporto solo perchè potrebbe dal diritto esser sancito e reso coattivo: tutto può fare il diritto e tutto sarebbe diritto. Chi non accetta la teoria del diritto naturale (e i seguaci di questo indirizzo dichiarano di non accoglierla) dovrebbe confessare che quando un'obbligazione è dichiarata nulla, estinta dai principî giuridici, essa non è più giuridica. Se la si ritiene giuridica, in quanto ha l'effetto della *soluti retentio*, si compie un giro vizioso, giacchè noi andiamo ricercando a quali rapporti questa *soluti retentio* competa. Se poi la si ritiene giuridica, in quanto è patrimoniale (e le parole stesse del Polacco, l'opposizione tra coscienza giuridica e coscienza morale, il *suum cuique tribuere* invocato dànno a credere che anch'egli sia irretito in questa pania) di nuovo si giuoca coll'equivoco scambio di *giuridico* e *patrimoniale*.

Io che sono di spirito conciliante più di quel che si creda, e che soltanto agli illogismi violenti e dannosi mi ribello, potrei anche accettare la formula dei principî generali di diritto in luogo dei principî etici, pur sorridendo dell'illusione di ritrovarsi nel diritto, quando il diritto vi respinge. Ma gli è che questa falsa dottrina, oltre a confondere le menti, è appunto dannosa.

Se voi riconoscete la natura e l'effetto dell'obbligazione naturale ad un'obbligazione civile nulla od estinta, voi credete di farlo in ragione della struttura di questo rapporto analoga alle obbligazioni giuridiche, scambiando il carattere patrimoniale per carattere giuridico e illudendovi che questa struttura patrimoniale vi dia il diritto di chiamar giuridica una obbligazione nulla o estinta. In realtà lo fate perchè i motivi giuridici, che annullano questa obbligazione, sembrano al vostro spirito etico formali, e perchè supponete *in pectore* che nella specie una base reale, seria, rispettabile al pagamento vi sia: la prescrizione è un *iniquum praesidium*, e l'obbligazione che è incorsa in prescrizione è, per avventura, una obbligazione di cui si potrebbe *nella specie*

fornire la miglior prova che essa aveva un fondamento reale e giusto. Voi credete di decidervi in base ad un ragionamento che vi fa rientrare questa obbligazione nelle maglie del diritto, e vi decidete invece in base ad un sentimento etico che vi fa inchinare a quel rapporto dal punto di vista dell'onore e della coscienza. Così avviene che suggerite al giudice analogie di leggi e analogie di diritto, mentre deviate la sua attenzione da quella che è la vera ragione del decidere, la vera molla che spinge voi stessi a negare la *condictio indebiti*, cioè l'intrinseca moralità del rapporto, nè lo richiamate ad esaminare se *nel caso concreto*, *nel fatto* una obbligazione, sia pur morale, vi sia. Che cosa sarebbe se per valutare la colpa, per valutare la buona o mala fede, si suggerissero al giudice mille arzigogoli invece di richiamarlo a interrogare la sua coscienza?

Come abbiamo accennato, il Polacco, da quell'acutissimo giurista che egli è, ha sentito il vizio logico dell'opinione dominante e ha soggiunto un criterio che dovrebbe nettamente limitare il campo di applicazione dell'obbligazione naturale di fronte alla obbligazione morale, definendo il concetto della coercibilità. La coercibilità sarebbe data dalla norma fondamentale della giustizia, dal *suum cuique tribuere.*

Egli illustra questo criterio dal punto di vista negativo con due esempi: l'obbligo di costituire un assegno ai figli, ed il pagamento di interessi non convenuti. Il *suum cuique tribuere* sarebbe escluso nel primo caso, « dovendosi in oggi ripudiare affatto ogni idea di condominio domestico » (1), sarebbe escluso nel secondo caso, perchè « non vi ha certo un rapporto precostituito sì da doversi dire che, ciò facendo, il mutuatario ha reso omaggio al principio, e perchè questa obbligazione naturale lungi dal fondarsi sul *suum cuique tribuere*, troverebbe la sua ragione nell'ingordigia di un usuraio, cui la legge permette di trattenere,

(1) Polacco, op. cit., pag. 121.

per quanto elevati, gli interessi eccedenti la misura convenuta ».

Concetto ed esempi mostrano il dibattersi di una mente elevata e sottile. Come si può restringere la virtuale coercibilità al *suum cuique tribuere* inteso come lo intende il Polacco? Come stimare virtualmente incoercibile l'obbligo di dotare, che è sancito e reso effettivamente coercibile da legislazioni, che sono aliene (e tale è la romana stessa) da qualunque idea di condominio domestico? E allontaniamo pure questi dubbi circa la relazione logica tra le due cose. Restando sul terreno delle obbligazioni naturali e del *suum cuique tribuere*, questa formula nel suo tenore innocuo non dice nulla, e potrebbe intendersi come espressione che le obbligazioni naturali debbono corrispondere ad un concetto generale di giustizia, il che di nuovo non significherebbe se non che si tratta di obbligazioni patrimoniali aventi sanzione nelle norme della morale, nel nostro sentimento etico di giustizia. Dagli esempi, peraltro, appare che il Polacco ha inteso la formula in un senso vagamente analogo a quello nel quale i Romani chiamavano *naturales* le obbligazioni nascenti da contratto reale. È una restrizione artificiosa e poco afferrabile, ma sovrattutto arbitraria. Se tra le obbligazioni stesse dal diritto riconosciute noi ne abbiamo ben di quelle in cui sarebbe vano ricercare una base reale sul tipo di quella che il Polacco vorrebbe, come lo stesso obbligo di dotare ov'è riconosciuto, perchè mai si dovrebbe stabilire una simile restrizione in ordine alle obbligazioni naturali? Non è ciò contrario a quel parallelismo stesso che, in base ai principî generali, si vuole stabilire tra le obbligazioni naturali e civili? E crede finalmente il Polacco di fornire al giudice con quel suo criterio uno strumento maneggiabile? D'altra parte se egli respinge l'obbligazione naturale del padre ad un assegno congruo ai figliuoli, non ne ammetterà, credo, la ripetizione; e allora perchè nega l'obbligazione naturale? È difficile in un caso simile trovare altra base per rifiutare la *condictio indebiti*. E se il Polacco

respinge poi l'obbligazione naturale per gli interessi non convenuti (dove pure l'interesse può ben apparire la giusta retribuzione del capitale e dove abbiamo la stessa sanzione legislativa, che fa gridare al riconoscimento espresso pel debito di giuoco!), come non si avvede che è precisamente la sua squisita sensibilità morale quella che lo fa recalcitrare all'idea che il nostro Codice abbia negato la *condictio indebiti*, perchè riconosca un'obbligazione naturale al pagamento degli interessi non convenuti o superiori alla misura convenuta? È vano illudersi di restringere il concetto, parlando di « rapporto già precostituito », di « ragioni d'ordine pubblico », per cui giuridicamente l'obbligazione non è sôrta o è caduta. Un'obbligazione civilmente nulla, è nulla e non può sopravvivere eventualmente che come obbligazione morale. In realtà il Polacco nel pensiero che l'anima, nella specie che riconosce, è come me sul terreno delle obbligazioni morali. Obbligazioni morali, s'intende pur sempre (io credo che non s'insista mai abbastanza su questo punto), di carattere patrimoniale: l'unica determinazione, l'unico limite che si può aggiungere è questo, che risulta dalla stessa materia in cui spunta il concetto (le obbligazioni patrimoniali), anzi dalla stessa rubrica speciale (il pagamento). Ogni limite ulteriore è artificioso e arbitrario, e non ci trasporta menomamente nel campo giuridico positivo. Gli sforzi, le definizioni della maggior parte degli autori in questo senso non sono che tautologie, gli sforzi dei migliori non sono che logomachie.

6. L'ostacolo non si supera. Accanto al Polacco io posso collocare un altro esimio civilista, che segue con qualche oscillazione e con una singolare deviazione la diversa corrente, ma nel quale pure è notevole la stessa coscienza della difficoltà e lo stesso lavoro puramente dialettico per vincerla, il Simoncelli; e col Simoncelli noi possiamo anche valutare il ragionamento del De Crescenzio, il quale, come benemerito divulgatore delle teorie della scuola storica in

Italia, ha avuto una parte decisiva in questo traviamento della dottrina civilista. Ora il Simoncelli, prendendo le mosse, come il Polacco, dalla teoria del Laurent, che si fonda sui principî generali di diritto e sulla virtuale coercibilità, nota giustamente: « Ma il debole di questa teorica si rivela subito nel concetto di un vincolo *che è giuridico* e che intanto *non è riconosciuto dalla legge*. Ciò, osserva il De Crescenzio, era solo concepibile per chi ammetteva l'esistenza di un diritto fuori e al di sopra del diritto positivo, che si è appellato diritto naturale o filosofico, delle genti, ecc., secondo cui fosse ammissibile un *vinculum* non riconosciuto dal diritto positivo. Ma riconoscere nel diritto positivo l'esclusiva fonte delle obbligazioni sì naturali che civili, e ammetter poi un rapporto, un vincolo giuridico che deve esser non ammesso dalla legge, non mi pare molto conseguente » (1). E dopo ricordati e criticati alcuni tentativi non soddisfacenti di superare questa che anch'egli dice « obbiezione capitale », il Simoncelli acqueta lo spirito nella teoria del De Crescenzio: « Io credo esatta la costruzione del De Crescenzio. L'obbligazione naturale deve costituire un vincolo tra due o più determinate persone: vincolo non *iuris*, ma un rapporto di fatto... Se a questo sostrato di fatto accede il pagamento, la legge, senza render giuridico il rapporto, si limita a riconoscere qualche effetto come se il rapporto fosse giuridico ».

Avvolgimenti di parole, e infingimenti dialettici, che deviano, per giunta, dalla questione vera (2). Donde deriva a questo rapporto di fatto la virtù intrinseca per cui la legge un qualche effetto gli riconosce? E come dire che non è giuridico un rapporto che produce effetti giuridici? Io sono ben lungi dal ritrovare in questo appellativo di « giuridico »

---

(1) Simoncelli, *Le presenti difficoltà nella scienza del diritto civile*, Discorso inaugurale, Camerino 1890, pag. 27.

(2) Non si tratta infatti della questione accademica se l'obbligazione naturale sia rapporto di diritto o di fatto, ma della questione essenziale, se si possa costruire una categoria di obbligazioni giuridiche imperfette distinte dalle obbligazioni morali (di carattere patrimoniale).

la soluzione del problema: ma debbo pur ritenere che, accordando un effetto, e sia pure il più modesto possibile, alle obbligazioni naturali nell'art. 1237, il nostro Codice le abbia elevate al grado di rapporti giuridici, salvo sempre a ricercare quali siano questi rapporti giuridici. Non è insomma all'appellativo giuridico che il De Crescenzio e il Simoncelli dovevano rivolgere le loro critiche, bensì a quella figura sofistica di *ὕστερον πρότερον*, per la quale i rappresentanti della tesi da essi avversata ritrovano nel carattere giuridico, che è *conseguenza* del riconoscimento, il *presupposto* e il *motivo* del riconoscimento e insieme il mezzo per rintracciare i casi di obbligazione naturale.

Nell'insistere che fa il Simoncelli col De Crescenzio sul rapporto di fatto, mi par di scorgere un riflesso vago delle controversie in tema di possesso. Ma non è così nemmeno in tema di possesso che si pone la questione del fatto e del diritto. Niuno ha mai negato e niuno può negare, salvo per equivoco, che il possesso sia rapporto giuridico: ciò che si nega da molti è che il possesso sia un diritto, e anche io per vero sono così poco proclive a scorgere nel possesso un diritto sulla cosa, come a riconoscere un diritto di credito in conseguenza dell'obbligazione naturale. Ma per buona ventura simili rompicapi accademici sono nel nostro tema più oziosi che in quello del possesso. La domanda è pur sempre una sola: dove cercare, a qual segno riconoscere i casi di obbligazione naturale? In questo punto essenziale il De Crescenzio e il Simoncelli per cansare Scilla, credendo di entrare in un porto sicuro, ripiombano in Cariddi, cioè nella teoria che ricerca nel Codice i singoli casi di obbligazione naturale; ma poichè nel Codice con le lenti più acute non si riesce a vedere che il giuoco (lasciamo ora di considerare con quanta ragione), tutto il ragionamento successivo del Simoncelli s'impernia sul giuoco, e questa ossessione gli ha turbato in modo il pensiero giuridico da spingerlo a considerare l'obbligazione naturale (ed è un concetto sul quale egli insistè sino alla fine della sua lumi-

nosa carriera) come un istituto semi-immorale, un complesso di figure davanti alle quali il legislatore, per lo stato incerto della morale sociale, viene a trovarsi alla sua volta in uno stato di sospensione, e non osa nè dare l'azione, nè pronunciare la nullità. Il famigerato esempio tipico non poteva giocare un più brutto gioco!

7. Mi sia lecito riportare per esteso il ragionamento di un antico fautore dell'indirizzo dominante: « L'obbligazione naturale va distinta nettamente dall'obbligazione morale. Essa ha tutta la struttura di un rapporto obbligatorio: due subbietti, un obbietto, una causa, un vincolo delle due volontà, cioè il consenso di esse relativamente a quel dato obbietto. Nell'obbligazione morale invece, la struttura del rapporto obbligatorio nei suoi elementi singoli è del tutto assente. Manca l'obbietto dell'obbligazione, la prestazione, o almeno il *quantum*, la determinazione di essa. Che cosa si deve prestare per soddisfare un debito di riconoscenza? Qual è il quantitativo che misuri l'obbligo per la salvezza da grave pericolo, o per la salvezza di persona cara, o l'obbligo in genere del beneficato verso il suo benefattore, o i doveri di pietà, di misericordia e simili? Manca il vincolo che leghi le due persone relativamente a un determinato obbietto, il consenso delle due parti: negli obblighi di pietà, di beneficenza e simili dov'è la convenzione? Manca infine una causa analoga a quelle che il diritto riconosce. Solo impropriamente si può adoperare la parola obbligazione a denotare siffatti obblighi morali: i Romani non usarono la parola *obligatio*. Se in taluni casi non si ammette la *condictio indebiti* contro colui che ha ricevuto una somma in soddisfazione di un obbligo morale (per esempio, come ricompensa di un beneficio), gli è solo perchè si considera questo pagamento come una donazione eseguita e irrevocabile, donazione che aveva la sua *iusta causa* nel *debitum pietatis*, nell'*officium* e simili (cfr. L. 27, D., 39, 3; L. 34, *eod.*, e Paul., *Rec. sent.*, 5, 11, 6). Il debito

morale è una *iusta causa donandi*, non già una *causa debendi vel solvendi*. Si è detto da filosofi (Mamiani) e da giuristi (Giorgi) che il diritto fa male a non garantire tutte le obbligazioni morali, che un diritto perfetto dovrebbe sancire anche gli obblighi morali. Oltre alle vecchie obbiezioni che la morale deve esser libera per esser morale, è facile vedere a che conseguenze assurde e immorali condurrebbe il concedere agli obblighi morali anche solo gli effetti dell'obbligazione naturale. Nessuno presterebbe più denaro ad un amico o ad un benefattore, per tema che al momento della ripetizione gli potesse venire opposto che quella somma è pagamento di un obbligo di riconoscenza, e il giudice, secondo la sua coscienza, dovrebbe misurare se l'obbligo di riconoscenza vale tutta la somma che il creditore ha imprestato al suo debitore, o soltanto la metà, o soltanto il terzo. Ma se l'obbligazione naturale ha tutta la struttura di un rapporto obbligatorio, perchè il diritto civile non gliene riconosce tutta l'efficacia? Evidentemente a questo difetto della piena efficacia giuridica deve corrispondere una deficienza o un vizio nel rapporto obbligatorio, ma non la deficienza di un elemento essenziale, perchè altrimenti essa sarebbe nulla. Ora, prendendo a considerare gli elementi di un rapporto obbligatorio, anzi di qualunque rapporto giuridico, si può distinguere in essi una doppia serie di condizioni, alcune essenziali e, diremo, naturali, altre positive e contingenti. Nel rapporto obbligatorio le condizioni essenziali in ultima analisi concernono gli elementi che abbiamo detto essere essenziali alla struttura elementare del rapporto obbligatorio: altri requisiti, e specialmente i requisiti formali, non appartengono alla essenza del rapporto obbligatorio. Noi potremmo pertanto definire l'obbligazione naturale nel modo che segue: è obbligazione naturale quel rapporto, il quale ha tutta la struttura, cioè tutti gli elementi essenziali di un'obbligazione giuridica, ma contrasta con l'efficacia di talune condizioni formali sancite dal diritto positivo, purchè tuttavia

dal sistema del diritto positivo sia chiaro che l'efficacia di quelle condizioni non importa la nullità assoluta dell'obbligazione. Per conseguenza l'obbligazione naturale non si può dedurre da principî generali, filosofici o da vaghe astrazioni. Essa è un'obbligazione giuridica, che ha sua base nel diritto positivo. Per stabilire se in un caso siavi o non siavi obbligazione naturale, conviene indagare: 1° se il diritto positivo conosca la figura dell'obbligazione naturale; 2° se dalle disposizioni del diritto positivo è dato rilevare che il rapporto obbligatorio, benchè si scopra in antinomia con una data condizione formale, si considera tuttavia come esistente ».

Tutta questa lunga cicalata riassume altresì la serie dei sofismi dell'opinione dominante con l'aggiunta di qualche errore, poichè, quando si è sopra una china pericolosa, è quasi inevitabile che si aggiunga per conto proprio, da chi vuol essere originale, un sofisma o un errore nuovo. Non è vero che i Romani non usino la parola *obligatio* a significare le obbligazioni morali, anche quelle non patrimoniali. Basta scorrere le opere filosofiche di Cicerone o di Seneca, specialmente il *De beneficiis* di quest'ultimo, basta ricordare la frase tipica per tutta l'antichità, dal latino aureo di Cicerone o di Velleio Patercolo a quello pomposamente decadente di Ammiano Marcellino, *beneficio obligatus*, e tutta la terminologia del *debitor* e del *debere* applicata a simili rapporti, per non avanzare siffatte affermazioni, qualunque valore si debba attribuire a quelle frasi. Non è vero che si consideri nelle fonti romane come donazione ciò che si paga per un *debitum pietatis* e simili: i luoghi citati delle fonti si riferiscono a donazioni rimuneratorie per un beneficio (negli ultimi due testi si tratta precisamente di chi è stato salvato dalle mani dei banditi), cioè a quelle obbligazioni morali anche pel loro contenuto, che l'autore di quelle parole non distingue dalle obbligazioni morali di carattere patrimoniale. In queste l'obbligo morale è veramente una *causa debendi vel solvendi*: in quelle sarà

precisamente una *iusta causa donandi.* Non si può far nel nostro diritto e dalla nostra giurisprudenza la distinzione tra condizioni positive e formali e condizioni naturali ed essenziali, perchè tutte hanno egual valore per modo che il difetto del requisito più schiettamente formale rende l'obbligazione assolutamente nulla; mentre viceversa anche nell'assenza di una condizione essenziale, come la convenzione delle parti, che l'autore ha soggiunto per colorire meglio la struttura giuridica dell'obbligazione naturale, non è escluso il sopravvivere di un'obbligazione morale: d'altra parte quelle così dette condizioni essenziali ci rappresentano sì la struttura elementare di un rapporto obbligatorio, ma non già necessariamente di un rapporto obbligatorio sancito e garantito dal diritto. Infine l'autore, per la determinazione dei casi dell'obbligazione naturale, si mantiene equivocamente a cavaliere delle due dottrine, ora parlando del sistema, ora delle disposizioni del Codice, e potrei affermare che egli non ha maturato abbastanza il suo pensiero, e sovrattutto non ha saggiato le disquisizioni dottrinali al fuoco della pratica.

Posso avanzare con tanta maggior sicurezza una simile affermazione, e posso permettermi impunemente di essere alquanto aspro in questa critica, perchè quell'autore sono io. Anch'io agli avversari che combatto potrei dichiarare: *in isdem armis fui.* E potesse ciò valermi, come all'antico oratore per dissipare i preconcetti contro il vero e il giusto! Ho ricavato quelle parole testualmente da vecchi appunti del mio corso sulle obbligazioni tenuto nell'Università di Camerino l'anno 1889-90, cioè nel mio secondo anno d'insegnamento, e ciò valga a scusare anche la mia inesperienza in quella piccola punta nel diritto civile. Tre anni dopo io ne facevo ammenda.

8. Abbiamo passato al vaglio della critica la teoria dominante nei suoi due atteggiamenti. Dobbiamo ora tener pur conto delle critiche mosse al concetto dell'obbligazione

morale, per quanto sia quasi inevitabile in questa confutazione di ritornare, sia pur da un altro punto di vista, sopra concetti già accennati o svolti. Alcune di esse non concernono propriamente la mia dottrina, bensì la tesi del Giorgi e del Gabba, senza la nota essenziale da me soggiunta.

L'obbiezione capitale e generale è la *parola della legge*. L'art. 1237 parla di « obbligazioni naturali ». Come ammettere, esclama il Polacco, illustrando nel miglior modo questo caposaldo critico dell'opinione dominante, che il legislatore francese e l'italiano abbiano « usato l'espressione obbligazione naturale, se volevano alludere, con essa, ai doveri morali? Non si va contro così alla norma di ermeneutica posta nell'art. 3 delle disp. prel. del Codice, secondo cui, nell'applicare la legge, non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore? » (1).

Ora la nostra interpretazione sarebbe ardita (non temeraria, ad ogni modo) se dicessimo: rompiamo i ponti con la tradizione: naturali, sino alla compilazione del Codice, ha significato una categoria di obbligazioni distinte dalle morali, ma nella nostra società non può significare se non le obbligazioni morali. Ma se invece nella mente dei compilatori del Codice francese, se nella giurisprudenza e nei primi commentatori del Codice francese e del nostro, se nel diritto comune, se nel diritto romano stesso, quando si prendano di mira quelle figure nuove di obbligazioni naturali, che si possono paragonare alle moderne (le sole che fossero sopravvissute nel diritto comune), l'obbligazione naturale non significa se non l'obbligazione morale, riconosciuta nel foro dell'onore e della coscienza, valutata dalle coscienze illuminate, fondata sulla *pietas*, sull'*officium*, sulla *fides*, siete voi che dovete dimostrarci che all'improv-

(1) Polacco, loc. cit., pag. 107.

viso è sorto un concetto nuovo dell'obbligazione naturale, che abbatte un'interpretazione secolare e rievoca la nebulosa del diritto romano classico, ispirata alle condizioni più storiche e più tramontate del *servus*, del *filiusfamilias*, del *peculium* e dell'*actio de peculio!*

Il vizio di questa critica è che essa presta al legislatore italiano e francese il movimento di concetti operato in seguito dalla scuola storica. Quando i compilatori del Codice francese e anche quelli del Codice italiano legiferavano, vigeva nei paesi latini la scuola del diritto naturale, e tutti i postulati della morale o delle diverse norme sociali che più o meno aspiravano a diventare diritto, erano diritto naturale. Crollato quell'edificio, riconosciuto che non v'è altro diritto, che il diritto positivo, col chiamar morali quei rapporti che la legge chiama naturali, non si fa che restituire ad essi il loro vero nome. Dal punto di vista dell'ideologia il progresso è stato grande, dal punto di vista del diritto positivo le cose restano come per lo innanzi, nè le indagini faticose della scuola storica per restituire la fisionomia genuina delle obbligazioni naturali nell'êra dei giureconsulti romani, dovevano turbare questa posizione semplice delle cose nel diritto moderno. Che se d'altra parte il legislatore non disse obbligazioni morali, il motivo n'è chiaro dalle parole stesse del Pothier: che quell'espressione appariva riferirsi esclusivamente (il che era una pura illusione, favorita, come dicemmo, dallo scambio equivoco del termine *morale*, ora in antitesi a giuridico, ora in antitesi a patrimoniale) alle obbligazioni non patrimoniali, che si reputano incoercibili e che certo meno di frequente si convertono in rapporti giuridici. Che quei rapporti etici, essendo contemplati, sia pure per un limitato effetto, dal diritto, divengano rapporti giuridici, è chiaro: in questo io convenni espressamente nella mia precedente nota, e potrei anche — non senza ripugnanza, ma senza d'altra parte annettere alla cosa un peso eccessivo — assumere il termine stesso di obbligazioni giuridiche imperfette. Ma per stabi-

lire quali sono quei rapporti etici, è nel campo dell'etica sociale che voi dovete ricercarli, in quel campo a cui richiama il legislatore con la parola « naturale ».

Rilevo *per incidens* una riserva del Polacco, per quanto la cosa abbia un valore più psicologico che logico. Egli dichiara (1) di non volermi seguire passo passo sul terreno del diritto romano. Non si tratta di seguirmi in una minuta discussione esegetica; si tratta di valutare se le così dette obbligazioni naturali improprie riconosciute con maggiore o minor larghezza, ma tutte aventi lor base nelle norme sociali, aventi gli stessi effetti precisi delle nostre (esclusione della *condictio indebiti* e della donazione), le sole sopravviventi nel diritto comune, si debbano o non si debbano ritenere come il modello delle nostre. E allora il Polacco, che nel suo trattato mostra di saper scendere così a fondo nelle discussioni più tecniche, più eleganti, più astruse della dottrina romanistica odierna, non doveva arrestarsi davanti a questo netto richiamo alla posizione delle cose nel diritto romano, quasi per tema di dover infrangere al lume del vero il proprio idolo.

Certamente i fautori della dottrina dominante hanno buon giuoco di fronte alla dottrina che, limitandosi ad un punto di vista negativo, respinge l'obbligazione naturale, in quanto sarebbe cessato nel diritto moderno il conflitto tra lo *strictum ius* e l'*aequitas*. Hanno ragione di osservare che quel contrasto, a parte il valore piuttosto insignificante che esso ha nel nostro tema, è perenne ed inevitabile in qualunque diritto. E se i fautori dell'obbligazione morale si spingono sino a biasimare il Codice per aver formulato l'art. 1237, io non ripeterò certamente quel biasimo, perchè, a mio avviso, il Codice ha operato molto bene. Bella è la sanzione e chiara la volontà della legge. Se fu offuscata dalla dottrina odierna, e puramente dalla dottrina, ciò deriva dall'invasione irruenta, non prevista dal legislatore,

(1) Polacco, op. cit., pag. 146.

lei concetti della scuola storica, la quale abbandonò il erreno del diritto comune. Hanno buon giuoco altresì gli vversari allorchè, appuntandosi unicamente sulle obbliga-ioni morali non patrimoniali, ammoniscono sui pericoli li un allargamento indefinito del concetto, parlano di una ipugnanza dei rapporti morali alla coazione (benchè sia er lo meno eccessivo, come dicemmo, parlare di incoer-ibilità e sia pur sempre vizioso il gridare alla confusione ra il campo del diritto e quello della morale, giacchè i lue campi sono confusi nella maggior parte dei rapporti uanto all'essenza obbiettiva di essi, e ve n'ha alcuni, come li sponsali, travagliatissimi, ora completamente, ora in-ompletamente riconosciuti, ora completamente discono-ciuti dal diritto) e hanno buon giuoco richiamando in roposito l'art. 1051. Potrei soltanto dolermi che ciò sia tato fatto, e da vari civilisti, anche dopo che io ebbi defi-ito il concetto dell'obbligazione naturale in una forma he non ammetteva questa critica. Di fronte a me essa è na pura *ignoratio elenchi.*

Delle obbiezioni contro la mia tesi specifica, una sola a pretese logiche. Ma è un'obbiezione molto imprudente. n un commento alla voce *Giuoco* nel *Digesto italiano* il lott. Bortolo Belotti muove in forma grave il seguente ppunto: « Il Simoncelli giustamente obbietta che la teoria el Bonfante parte da un presupposto errato: dal credere, ioè, che tutte le obbligazioni versino nel campo patrimo-iale ». Mi duole che al Simoncelli siano sfuggite nelle ezioni parole simili. Ma l'improvvisazione della lezione cusa molte cose. Quanto al dott. Belotti, egli avrebbe ovuto pensarvi su, prima di far sua quella critica in uno tudio speciale. Quelle parole non possono nascere che da na superficiale apprensione della natura della prestazione el rapporto obbligatorio, e da un ricordo non preciso elle dispute che si sono agitate in proposito dal Ihering n poi. Le obbligazioni di cui si tratta nel libro III del odice civile, egregio Belotti, sono tutte patrimoniali: non

patrimoniali sono le obbligazioni, che ella trova sancite nel diritto di famiglia o nel diritto pubblico, quelle obbligazioni che si possono precisamente paragonare nel campo sociale all'obbligo di riconoscenza, all'obbligo di rendere la visita o il saluto (che nell'esercito diventa anch'esso un obbligo legale) e simili, cioè a quella categoria di rapporti che costituiscono il perpetuo ritornello dell'opinione dominante: non a torto ho dichiarato a principio e via via dimostrato che questo è il terreno degli equivoci e dei sofismi. Nessuno nega (e chi lo potrebbe?) che le obbligazioni in senso tecnico possono avere per oggetto un *facere*, una prestazione per sè stessa non patrimoniale, come accade nel celebre esempio iheringhiano, la promessa di non pestare il pianoforte; ma deve essere una prestazione nella coscienza sociale valutabile in danaro, una prestazione di cui ad ogni modo *si risponde per l'inadempimento col proprio patrimonio.* Perchè questa è in ultima analisi la differenza tra le obbligazioni patrimoniali e non patrimoniali: che delle prime è *garante il nostro patrimonio ed è riconosciuta, anzi essenziale, la possibilità di un sostitutivo pecuniario*; nelle seconde si infrange la renitenza con la coazione diretta o con la pena (1). Comunque, è un fuor d'opera lanciarsi nelle discussioni sull'oggetto, sul valore patrimoniale e sull'essenza dell'obbligazione. A me basta di stabilire che come nel diritto si distinguono ancora al giorno d'oggi due categorie di obblighi, così è lecito distinguerle nel campo morale, e che l'art 1237, ripetiamo ancora una volta, per esser collocato nel campo delle obbligazioni patrimoniali non può alludere che ad esse.

Quanto alla critica del Polacco essa non intacca il valore logico della mia dottrina.

Premetto un'osservazione. A me par di notare in questa critica un certo imbarazzo. Nella prima edizione della sua

(1) Richiamo il Belotti alla definizione dell'obbligazione nelle mie *Istituzioni*, 5ª ediz., pag. 117.

bella opera non sembra che il Polacco fosse a conoscenza della mia *nota* e in questa seconda mi sembra, s'io non m'inganno, che egli ne abbia avuto notizia tardi (1). Ciò spiega forse come, non potendo sinceramente, da quell'insigne giurista che egli è, combattere con nessun argomento logico serio la mia dottrina, egli si sia limitato a due osservazioni: un'obbiezione pratica ed un argomento di autorità. Riportiamo con le sue parole dapprima l'obbiezione pratica, la quale è soltanto colorita in modo da aver l'aspetto esteriore di un'obbiezione logica. « E rivive il *pericolo* di frustrare le norme di forma e di sostanza dettate per la donazione. Ma poi male si esprime l'illustre autore quando dall'addotto criterio deduce che dunque i casi di obbligazione naturale si debbono ricercare fuori delle disposizioni del Codice. Questa affermazione ha in sè qualche cosa di *pericoloso*, enunciata com'è, per es., nelle Istituzioni di diritto romano *pure ac simpliciter*, perchè altro è il dire che non si ha da stare ai soli casi rintracciabili nel Codice (è pur questa la tesi mia, basata sull'invocazione dell'art. 3 disp. preliminari del Cod. civ.: cfr. detta opera, n. 25, pag. 117) ed altro è il partire quasi dal presupposto che nel Codice non se ne trovino, in pieno sviluppo o almeno in germe » (2).

Ora che nel Codice casi di obbligazione naturale non se ne trovino, e sia una mera illusione il creder di dedurli dai principî generali o dal sistema, io stimo di averlo abbastanza dimostrato; sul giuoco tornerò ancora. Quanto ai pericoli che, a giudicare da quelle parole, agghiacciano il Polacco, io credo che egli sia istintivamente pur sempre sotto l'influenza del concetto ampio di obbligazione naturale o piuttosto del concetto diverso, cioè le obbligazioni morali *non patrimoniali*, il solo che egli ha criticato nel

---

(1) Il Polacco vi dedica un paragrafo aggiunto (30*ter*) in appendice, pag. 145-147.

(2) Polacco, loc. cit., pag. 147.

testo con argomenti e con esempi. Ora col mio concetto tutta questa zavorra delle obbligazioni morali *non patrimoniali* cade: l'adempimento di un'obbligazione morale siffatta è donazione, o al più si potrà farlo ricadere sotto le norme più blande della donazione rimuneratoria.

Alcune considerazioni potranno eliminare le ultime vestigia di quelle pratiche preoccupazioni. Che per le obbligazioni morali di carattere patrimoniale la *condictio indebiti* sia esclusa, può forse parere pericoloso a coloro che in questo territorio mescolano obbligazioni analoghe a quelle di giuoco, dalle quali si può discendere anche alla pretta immoralità. Per coloro che tengono fermo alle norme riconosciute nella coscienza sociale e non alle convenzioni di ambienti moralmente dubbi, per coloro che tengono fermo al carattere etico del rapporto, l'esclusione della *condictio indebiti* è tanto equa, che la teoria negativa dell'obbligazione naturale era mossa talora nella critica del Codice dal presupposto che anche senza l'art. 1237 il pagamento di una obbligazione morale fosse irrevocabile. Messo al punto, non credo che il Polacco ammetterebbe la *condictio indebiti* per nessuno degli obblighi, cui si riferisce la mia dottrina, nemmeno per quelli che egli esclude espressamente dalla sfera di applicazione dell'obbligazione naturale. Prendiamo pure l'obbligo di passare un assegno congruo alla figlia maritata, che egli qualifica come puramente morale (1), perchè, essendo esclusa dal nostro diritto ogni idea di condominio famigliare, non v'è quel *quid* di vapore giuridico (non posso esprimermi altrimenti), che potrebbe sollevare questa obbligazione al di sopra dei rapporti puramente morali; ora ammetterebbe forse il Polacco la possibilità di una ripetizione delle somme già pagate col pretesto che nulla era stato validamente convenuto?

Il diritto romano è rigido al pari del nostro diritto nelle forme e nei limiti della donazione: nondimeno i giu-

(1) Polacco, loc. cit., pag. 120, 121.

reconsulti romani ebbero ben coscienza che se il diritto non tutela tutto l'ordine morale, non deve però assumere, finchè è possibile, la tutela dell'immoralità; la *denegatio actionis*, l'esclusione della *condictio indebiti*, sono ispirate spesso a motivi del più puro ordine morale. Il diritto romano, senza timori un po' affettati e artificiosi di pericoli immaginari, escludeva la *condictio indebiti*, escludeva la donazione coi suoi limiti, con le sue forme, in rapporti di una delicatezza squisita come il seguente: gli eredi in omaggio alla volontà espressa dal defunto non trattengono la Falcidia, cui sono autorizzati dalla legge, o in omaggio alla *tacita*, cioè segreta volontà del defunto (*voluntatem defuncti secuti; saepe enim credimus aliquid defunctum voluisse et tamen non rogasse*), non trattengono la *praeceptio*, cui sono autorizzati dal defunto stesso, nella restituzione fedecommissaria: ebbene, non è ammessa la *condictio indebiti*, ed è escluso che vi sia donazione, perchè, dicono ripetutamente le fonti, essi non fanno che adempiere la volontà del defunto, *pleniore officio fidei*, *fidum obsequium defuncti praecibus praebere* (1). Potrei aggiungere altresì che la giurisprudenza pratica dimostra quanto inani siano quei terrori e quelle meraviglie. Essa ricerca bene i casi di obbligazione naturale *pure ac simpliciter* fuori del Codice, e al contatto con la realtà essa non nutre le preoccupazioni dei

---

(1) Celsus in Ulp., L. 5, § 15, D., 24, 1; Modestinus, L. 47 (45), D., 36, 1; Macer, L. 62, D., 12, 6; Severus et Antoninus, L. 1, Cod., 6, 50. Alcuni di questi testi potrebbero esser sospetti di interpolazione, non però nella decisione [Il caso della Falcidia corrisponde a capello al caso nel diritto civile così discusso della fiducia].

Giustiniano non ha espressamente riassunto queste ipotesi sotto il suo nuovo concetto dell'obbligazione naturale, ma probabilmente vanno riassunte in quello, e forse l'analisi esegetica dei testi potrà mettere in luce che i compilatori hanno inteso di operare un siffatto riavvicinamento; del resto, anche in altri dei così detti casi di obbligazioni naturali improprie, come la costituzione di dote non convenuta, come il pagamento di alimenti non dovuti, i termini *natura*, *naturalis* non sono adoperati.

teorici, anzi è mossa talora da sentimenti e bisogni che i puri teorici non avvertono.

Ha per me infine il significato di un mònito grave il movimento dei Codici moderni (Cod. svizzero delle obbligazioni, art. 63; Cod. civ. germanico, § 814), che abbandonano il termine obbligazione naturale per quello di doveri morali o sociali. È un'istintiva ribellione alle fisime dottrinali, un desiderio di uscir dall'equivoco, un'interpretazione genuina della coscienza moderna; moderna, intendo, da più di mill'anni. E questi Codici non hanno nemmeno essi le paure, che fanno arretrare il Polacco avanti alla mia dottrina e costituiscono l'unica obbiezione sua.

L'unica, dico; perchè l'altro argomento è un infelice richiamo di autorità. Dice il Polacco: « Bene e autorevolmente fu osservato che questo concetto riconduce a qualcosa di tanto generale e inafferrabile che finisce per significare ben poco ». Queste parole sono riferite dalle lezioni di Vittorio Scialoja, raccolte dal dott. Rostaing, non anteriori al 1898.

A me duole che il Polacco abbia nel suo imbarazzo e senza troppo pensarvi citate queste parole. L'intelligenza sovrana e l'autorità di Scialoja può dar peso anche ad un puro apprezzamento fugace ed ingiusto, espresso a voce, senza una sufficiente cognizione di causa. Quella frase, o è sfuggita, o è mal riferita dal compilatore delle lezioni, o nel pensiero dello Scialoja va riferita ad una teoria che non era la mia. Forse egli mi credeva un fautore delle pure obbligazioni morali, e dato il mio riallacciarmi al Giorgi e al Gabba, era facile essere indotti in equivoco, poichè solo il Polacco ha notato come la mia situazione fosse nettamente diversa. Forse della teoria del Gabba e del Giorgi ha fatto lo Scialoja così aspro giudizio; ma non corrisponde d'altra parte al suo spirito di prestare adesione a concetti così vaporosi e illusionistici, come la ricerca delle obbligazioni naturali nei principî generali di diritto o così inconsistenti, come la ricerca nei singoli articoli del Codice.

A mia volta, poichè siamo in tema di autorità e di rifeimenti ad opinioni espresse oralmente, io riporterò un'altra rase ben diversa dello Scialoja.

Come io ho dichiarato, in tempi molto giovanili, nel nio secondo anno di insegnamento, io fui un seguace lell'indirizzo dominante. Se non che, messomi, prima di criver la nota incriminata, a contatto con la giurisprulenza, esaminando in uno spoglio severo e completo, non e sole massime, ma le sentenze, messomi a studiare serianente l'istituto nel diritto romano, il fantastico castello dificato dalla dialettica giuridica mi si dileguava e si renleva davvero inafferrabile. Espressi a Scialoja la situazione lel mio spirito mentre spogliavo la giurisprudenza: Più erco queste obbligazioni naturali distinte dalle morali, e neno le trovo. Si vede proprio, egli mi rispose, che oggi ıon hanno consistenza.

Di fronte alla teoria dominante che spreca tesori di lialettica e si immerge in sofismi di ogni sorta, per costruire ın concetto aereo dell'obbligazione naturale, di fronte alla osizione del Giorgi e del Gabba che non delimitano (o non lelimitavano almeno, giacchè il Giorgi ha operato in seguito lla mia nota una correzione, di cui gli va tenuto conto) il ampo delle obbligazioni naturali, cui si riferisce l'art. 1237, redo che la mia opinione sia da un lato la più afferraile, dall'altro la meno generale.

Debbo da ultimo rilevare che un'ombra di equivoco vi ıa pure nelle parole del Polacco, in cui osserva che io iconosco, a differenza del Giorgi, « questo famoso *ens ertium* dell'obbligazione naturale, pur impuntandomi a chianarle non obbligazioni giuridiche, ma obbligazioni sociali, ermamente riconosciute, di carattere patrimoniale » (1). Veramente io mi distaccavo dal Gabba e dal Giorgi più li quel che non paresse a me stesso in quella nota, ma, nesse così a posto le cose, come ha fatto il Polacco, è

(1) Loc. cit., pag. 147.

chiaro che se io parlo di obbligazioni sociali non è per una mera impuntatura, ma perchè per me, come per il Gabba e il Giorgi, le obbligazioni naturali di tipo classico sono perite e questo *ens tertium* s'identifica colle obbligazioni morali; sia pure, come io credo, che si debba restringere l'identificazione a quella categoria di esse, che corrisponde alle obbligazioni patrimoniali nel campo giuridico. Invero la questione è pur sempre di sapere quali sono i casi singoli, cui applicare l'esclusione della *condictio indebiti* sancita dall'art. 1237 e attribuire, se si vuole, in omaggio alle simpatie prevalenti, questo epiteto di obbligazioni giuridiche imperfette: e poichè il legislatore è muto su questo punto, nè mi porge altra guida che la parola obbligazione naturale, non mi resta che consultare la vita, il linguaggio ordinario, la tradizione del diritto comune, gli autori e i lavori che precedettero il Codice, e lo prepararono, il significato della categoria nel diritto romano, e se tutte queste fonti ad una voce sotto quel concetto non riassumono se non obbligazioni sancite dalle norme sociali, non mi resta se non concludere che anche il nostro Codice a queste obbligazioni precisamente ha voluto riconnettere quell'effetto giuridico, elevandole, se così si vuol dire, al grado di obbligazioni giuridiche imperfette.

9. Dobbiamo a questo punto prendere in considerazione una formula recente del concetto di obbligazione naturale proposta dal Pacchioni, tanto più che il Polacco stesso mi invita in certo modo a prender posizione di fronte ad essa.

In una nota di giurisprudenza il Pacchioni ha espresso il pensiero che il dibattito sulla dottrina dell'obbligazione naturale si risolva con l'applicazione dell'analisi dei due elementi dell'obbligazione, il *debitum* e l'*obligatio* (*Schuld* e *Haftung* nei termini tedeschi), cioè il dovere e la responsabilità patrimoniale. L'obbligazione naturale sarebbe un *debitum* senza *obligatio*.

Riportiamo le sue parole: « L'obbligazione naturale non è un'ombra di obbligazione civile, e neppure una specie più debole di obbligazione. L'obbligazione naturale non è affatto obbligazione (nel senso di *obligatio* o *Haftung*), ma è solo semplice *debitum* (dovere o *Schuld*), *debitum* morale e giuridico ad un tempo. In istato di obbligazione naturale è colui il quale, secondo le norme della morale e del diritto, si può ritenere che adempia una data prestazione, pur non essendo egli tenuto col suo patrimonio pel caso in cui, trascurando il suo dovere, si renda inadempiente ». L'autore prosegue, con un biasimo velato al legislatore per l'uso promiscuo dei due termini: « Tutta la difficoltà che l'argomento presenta è quindi massimamente verbale, e dipende dal fatto che la nostra legge, al pari della nostra dottrina, usa promiscuamente la parola obbligazione a indicare due cose diverse, e cioè lo stato di dovere o *debitum* in cui una persona si trova di fronte ad una certa norma giuridica, e lo stato di vincolazione (*obligatio* o *Haftung*) in cui il patrimonio di questa persona (o di altra per lei) si trova a garanzia e soddisfacimento del creditore » (1).

Il Polacco, richiamando la mia adesione alla distinzione dei due elementi, il *debitum* e l'*obligatio*, nella evoluzione storica dell'obbligazione, osserva: « Ho qualche dubbio però se oggidì, dopo la sua adesione nelle lezioni citate del 1911-12 alla distinzione tra *debitum* (*Schuld*) e *obligatio* (*Haftung*), il Bonfante ripeterebbe che qui « diritto di obbligazione non c'è », che « soltanto la confusione del rapporto giuridico col diritto può far nascere l'equivoco », mentre « l'obbligazione naturale come diritto non esiste »; o se non piuttosto affermerebbe col Pacchioni, col Rocco ed altri che qui c'è un vero e proprio *debitum*, bensì scompagnato dalla rispondenza (*obligatio* in senso proprio) » (2).

---

(1) Pacchioni, *Riv. del dir. comm.*, 1912, II, 405, 406.
(2) Polacco, op. cit., pag. 146.

Ora io riconobbi e riconosco il merito del Pacchioni, cui si debbono vive grazie per aver richiamato in un suo interessantissimo scritto, che aperse presso di noi la strada al riesame dell'origine dell'obbligazione, l'attenzione degli studiosi alla distinzione tra *Schuld* e *Haftung*, studiata nel campo del diritto germanico da forti germanisti ed applicata dagli stessi alle origini dell'obbligazione romana (1). Se non che io non credo che tutte le applicazioni di quel concetto nel diritto romano siano felici: certamente infelice è, a mio avviso, quella che era già piaciuta al Pacchioni in ordine al tema delle obbligazioni naturali (2). La distinzione tra *obligatio* e *debitum* è esclusivamente storica, e si riporta al tempo in cui l'*obligatio* era un vincolo personale, uno stato di servaggio, nel quale si collocava in genere un membro della famiglia in garanzia dei debiti del *paterfamilias*, come un pegno o un ostaggio pel soddisfacimento, secondo il concetto svolto dal Marchi (3). Una volta abolito questo asservimento personale in garanzia del debito, una volta stabilita la rispondenza patrimoniale, i due momenti vengono ad essere *indissolubilmente* congiunti nella stessa persona: dalla data della *lex Poetelia*, che operò, a mio avviso, questo rivolgi-

---

(1) *Sul concetto delle obbligazioni*, negli *Studi dedicati a Francesco Schupfer*, vol. I, 1898, pag. 201.

(2) Ciò sino dal 1898. Nello scritto citato a pag. 213, il Pacchioni osserva, a proposito dello studio del prof. Schwind sul tema *Schuld* e *Haftung:* « Egli (Schwind) insiste più volte, in modo suggestivo, sulla grande analogia offerta dal contrapposto tra *Schuld* e *Haftung* nel diritto germanico, e tra *obligatio civilis* e *naturalis* nel diritto romano. Veramente bisogna convenire che questa analogia è così grande da incitare ad uno studio delle fonti romane su questo punto di vista ». (V. anche Schwanert, *Naturalobligationen des römischen Rechts*, Göttingen 1861, pag. 94). Le parole riferite dal P. dimostrano che egli ha anticipato il Rocco, il quale nel suo bel lavoro (*Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. del dir. comm.*, 1910, 1, pag. 669 e segg.) si mostra nello stesso ordine di idee circa l'obbligazione naturale. Ciò osservo per alcuni recenti richiami non interamente esatti.

(3) Antonio Marchi, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, Spoleto 1912.

mento, non è più possibile trovare scisso il debito dalla *obligatio*, perchè ormai la responsabilità, non più personale, ma patrimoniale, è trasportata sul patrimonio stesso del debitore.

L'analisi dei due momenti potrà giovare ancora per illuminare qualche nozione teorica, ma conviene procedere con gran cautela per non dar corpo ad ombre vane, perchè si tratta di due aspetti di una stessa entità, non di due entità distinte, e perchè nel linguaggio, specchio delle nuove idee, i due termini sono irremissibilmente fusi da più di duemila anni. Il nostro legislatore non merita il biasimo di aver usato la parola obbligazione a indicare due cose diverse, o questo biasimo dovrebbe coinvolgere anche il legislatore romano, la lingua latina e la nostra. Così nel diritto, come anche fuori del diritto, cioè per significare i vincoli d'ordine sociale, *obligatio* e *debitum* si scambiano con la più assoluta indifferenza le mille volte in tutte le fonti giuridiche, nei filosofi, nei moralisti, e in tutta la letteratura romana come nel nostro linguaggio. Quando nel tema delle obbligazioni solidali si parla ora di *plures obligationes*, ora di *una obligatio*, oscillazione che ha dato tanto rovello agli interpreti e ha costituito così fuor di proposito anche la base per la distinzione delle due famigerate categorie delle solidali e delle correali, a me par certo che si alluda da un lato alla rispondenza patrimoniale che grava su *più patrimoni*, dall'altro lato al debito, all'oggetto dovuto, che è veramente *un solo:* ma è caratteristico che i termini adoperati siano gli stessi e non v'ha dubbio che si abbiano a un tempo stesso più *debitores* e più patrimoni obbligati.

Una delle più strane cose poi che si ripetono, per non verificare le fonti, è questa: che le fonti romane riservino il termine *naturalis obligatio* alle tipiche obbligazioni naturali, e adoperino invece *natura debita*, *naturaliter debere*, per le così dette obbligazioni naturali improprie. In realtà si trova usato per questi casi (anche a prescindere che il catalogo ne deve esser cresciuto) ripetute volte il termine *natu-*

ralis obligatio o *naturaliter obligari*, e solo in uno o due testi *natura debere*, che d'altra parte si usa anche per significare vere obbligazioni civili (1), mentre poi in più casi non vi ha nè il *debere*, nè l'*obligari*, ma si allude in generale al fondamento etico del rapporto (2).

Ma vogliamo pure esser larghi col Pacchioni e in generale con gli scrittori che esagerano il valore dommatico e pratico di questo concetto storico. Ammettiamo un istante che la parola *obligatio* si debba adoperare rigorosamente anche oggidì nel senso della rispondenza patrimoniale, e che si debba reagire all'uso promiscuo dell'obbligazione e del debito. Che cosa si viene a dire, ciò ammesso, con la dichiarazione che l'obbligazione naturale è un puro *debitum* senza *obligatio?* Dobbiamo escludere che l'obbligazione naturale non debba esser soddisfatta col patrimonio, non importi un vincolo, sia pur morale, del patrimonio; perchè ciò non è vero e si farebbe confusione con le obbligazioni extrapatrimoniali, cioè con le obbligazioni morali nel senso del contenuto, non in quello della sanzione. Evidentemente ciò che si vuol dire è che nell'obbligazione naturale non vi ha mezzo giuridico di ottenere soddisfazione sul patrimonio, non vi ha modo di esercitare la coazione, in breve che l'obbligazione naturale è priva di azione. Si ritorna al punto di partenza. Il problema sarebbe posto sotto un altro aspetto, ma puramente e semplicemente posto, perchè si tratta pur

---

(1) Cfr. L. 84, § 1, D., 50, 17.

(2) Fu lo Schwanert, *Die Naturalobligationen*, pag. 94 e segg., a dare la spinta a questa fallace terminologia. Egli era mosso dal desiderio di liberare il nucleo classico delle obbligazioni naturali da talune delle più stridenti anomalie, ma ebbe torto di ricorrere a quell'espediente e nella diminuzione avrebbe dovuto esser più radicale, giacchè il nucleo classico si riduce alle obbligazioni dei servi e a quelle dei *filiifamilias* entro la famiglia, che è d'altra parte il campo dominato dall'*actio de peculio* (In senso analogo v. Perozzi, *Istituzioni*, I, pag. 24, § 127, il quale però restringe le obbligazioni naturali classiche al servo; su di che, per ora almeno, non mi pare di poter consentire). Se non che ai tempi dello Schwanert la critica delle fonti non era ancora iniziata.

sempre di stabilire (noi lo ripetiamo a sazietà, poichè talune avvertenze non sembra che siano state mai ripetute abbastanza) quali sono queste obbligazioni che il Codice priva di azione, ma per cui accorda la *soluti retentio*, e secondo qual criterio dobbiamo determinarle (1).

10. Questo riesame del concetto dell'obbligazione naturale sarebbe finito, giacchè non desidero di mettermi a battagliare su punti di secondaria importanza, come la famigerata interpretazione dell'avverbio *volontariamente*.

Ma prima di concludere e mettere in luce le scaturigini malsane di questa dottrina cartacea, che ha così irretite le

---

(1) In questo senso potrei citare anche il Carnelutti e il Polacco, se non mi sembrasse che anch'essi per voler concedere qualcosa, finiscano per impigliarsi nell'uno o nell'altro di quegli equivoci che appaiono inevitabili nella nostra tesi. Il primo in una nota inserita nella *Riv. del dir. comm.*, 1912, II, pag. 693, 694, dichiara di ritenere la distinzione tra *Schuld* e *Haftung*, *debitum* e *obligatio* « efficacissima per ciò che riguarda la struttura dell'obbligazione naturale, cioè la spiegazione teorica del suo effetto limitato alla *soluti retentio*, ma indifferente per la determinazione dell'àmbito di essa, cioè dei casi in cui ricorre e delle fonti da cui scaturisce ». Ora il problema è precisamente tutto qui: l'àmbito, i casi, le fonti dell'obbligazione naturale. Quanto all'effetto della *soluti retentio*, essa è l'unica cosa che noi ricaviamo con certezza dalla espressa disposizione del testo e anche la sua spiegazione teorica, se si vuole stabilire una ragione teorica di questo effetto sancito dal legislatore, non può esser data se non dalla natura intrinseca dei casi in cui l'obbligazione naturale si ammette. Siamo pertanto pur sempre in un giro vizioso, in cui si ritorna costantemente al punto di partenza, e il dire che nell'obbligazione naturale vi ha un *debitum* senza *obligatio*, anche a voler concedere l'uso artificioso di queste parole di fronte al linguaggio comune, non serve precisamente a nulla *sotto nessun aspetto*.

Ma lo stesso Polacco, pur consentendo nel ritenere un'illusione il « credere di superare le secolari difficoltà nel nostro tema con la predetta distinzione », rievoca la distinzione stessa, perchè, a suo avviso, essa « col lume della storia giuridica, attesta non esser poi quella eresia che altri mostra di credere il parlare di un debito giuridico che pure non importa rispondenza patrimoniale » (Polacco, loc. citato, pag. 108, 109).

Ora, a rigor di termini, *debitum* giuridico senza *obligatio* non è mai esistito in nessuna epoca del mondo, nè dalla storia giuridica si ricava

menti, io voglio chiarire ancora le mie idee sul giuoco in relazione all'obbligazione naturale, idee nelle quali io sono stato piuttosto frainteso, e debbo ritenere (poichè tutti mi hanno frainteso) che ciò sia assolutamente per mia colpa. Giova d'altra parte, come dirò, in un punto mettersi tutti d'accordo: che questa figura di obbligazione naturale, la quale ha contribuito, così gravemente, a traviare la dottrina, debba essere eliminata dalla discussione teorica sul concetto.

Nella mia nota più volte ricordata, dopo aver asserito in forma blanda e, posso ben dire, modesta: « io inclinerei ad escludere il giuoco dal novero delle obbligazioni naturali »

---

questo. Esisteva bensì nell'epoca primitiva (non insegno queste cose al Polacco, ma richiamo la sua attenzione sul filo logico del ragionamento) una separazione dei due momenti, nel senso che l'uno dei subbietti era in debito (il *paterfamilias*, per usare i termini romani), l'altro era *obligatus* per quel debito o propriamente *nexus*, in istato, cioè, di servaggio (di regola un *filiusfamilias*). Quando l'*obligatio* si è trasportata sul patrimonio, allora i due momenti si sono potuti ricongiungere nella stessa persona: sicchè ora, come allora, il *debitum* giuridico è *sempre* accompagnato dalla sua *obligatio*, con questo in più: che essa ormai concerne il patrimonio e si riferisce precisamente al patrimonio della persona che è in debito.

Abbiamo dunque nelle obbligazioni giuridiche e nelle obbligazioni morali ad esse parallele, cioè nelle obbligazioni morali di carattere patrimoniale, questa rispettiva situazione: se si tratta di obbligazioni giuridiche, l'obbligato o debitore, che ormai sono la stessa persona, è tenuto giuridicamente ad eseguire la prestazione o fornire una congrua soddisfazione patrimoniale per l'inadempimento, se si tratta di obbligazioni morali è tenuto moralmente ad eseguire la prestazione o rispondere col proprio patrimonio per l'inadempimento: la coazione è nell'un caso esercitata dallo Stato, nell'altro dalla società e dal foro della propria coscienza. Una rispondenza patrimoniale vi ha in entrambi i casi (altrimenti siamo in tema di obblighi di altra natura) e non vi può esser debito giuridico se questa rispondenza patrimoniale non è pur essa giuridica. Tolto il vincolo patrimoniale, tolta la possibilità di esser indennizzati in denaro, è tolta l'obbligazione patrimoniale, che è quella di cui si discute, sia civile, sia naturale. Considerando gli effetti di questo ritorno alle origini, in intelletti maturi e limpidi, come quelli del Pacchioni, del Rocco e del Polacco, io temo purtroppo che il trasporto di una terminologia storica, che si richiama ad una fase così diversa, nel campo del diritto positivo attuale, più che giovare, serva a crescere i sofismi e gli abbagli.

e svolto gli argomenti che mi facevano propendere a questa opinione, concludeva remissivamente: « Ad ogni modo, poichè per l'espressa disposizione dell'art. 1804, anche il debito di giuoco giustifica il pagamento, la mia è puramente un'opinione teorica » (1). Queste brevi parole nel mio pensiero dovevano significare non già che io ritenessi la mia una mera opinione teorica nel senso che fosse una tesi *de iure condendo*, contraddetta però attualmente da positive disposizioni di legge, in virtù delle quali il debito di giuoco sarebbe irremissibilmente, mio malgrado, un'obbligazione naturale, bensì che la mia era un'opinione teorica, perchè in base all'art. 1804 gli effetti pratici del debito di giuoco erano in sostanza gli stessi dell'obbligazione naturale, cioè l'esclusione dalla *condictio indebiti;* quindi dal punto di vista pratico non serviva a nulla lambiccarsi il cervello per stabilire se il giuoco fosse o non fosse un'obbligazione naturale.

Ma per quanto modeste fossero le mie parole, per quanto la brevità un po' ambigua di quella dichiarazione le rendesse ancora più modeste, perchè pareva che io mi inchinassi ad un testo di legge, esse hanno suscitato, a quel che pare, un fiero scandalo. Un civilista illustre e non meno illustre romanista, il Manenti, in una vasta opera sul giuoco e la scommessa (2) è tornato a difendere l'obbligazione di giuoco con una veemenza, che anche al Polacco è parsa eccessiva (3), e ha dedicato inoltre un articolo speciale in confutazione della mia nota sull'argomento (4): gli annotatori del Crome, ribadendo pur sempre l'obbligazione naturale per debito di giuoco « di fronte al chiaro disposto dell'articolo 1804 », soggiungono con richiamo alla mia nota come « non sia mancato chi, anche di fronte al testo positivo di

---

(1) *Foro ital.*, XVIII, 1893, pag. 162 [V. sopra, pag. 28].

(2) V. appendice alle *Pandette del Glück*, XI, 5, Milano 1903, pag. 788.

(3) V. Polacco, loc. cit., pag. 153, 154, nota 3.

(4) *Del debito di giuoco in rapporto alla teoria dell'obbligazione naturale*, in *Riv. del dir. comm.*, 1910, I, pag. 81 e seguenti.

legge, elevò dei dubbi » (1), e anche il Venzi, col quale concordo in gran parte, non esita menomamente a riconoscere la obbligazione naturale per debito di giuoco (2). In forma temperata si oppone il Polacco (3), ma in forma piuttosto vivace contrasta il Belotti la mia tesi: « L'opinione del Bonfante, come egli stesso avverte, è puramente teorica *di fronte al chiaro disposto dell'art.* 1804 *del Codice civile confrontato con l'art.* 1237 (4). Ma noi l'abbiamo ricordata per mostrare che, neanche in teoria, date le attuali condizioni nostre, *essa ha ragione alcuna di esistere* » (5).

Un solo, ma valido ed energico rinnegatore di questa famigerata obbligazione naturale, io posso citare, ed è il Ferrara (6).

Ora giova su questo argomento discutere separatamente le due cose: il punto di vista che potremo dire giuridico e il punto di vista morale.

Sotto il primo aspetto che il nostro Codice sancisca *espressamente* in un testo di legge questa obbligazione naturale, è una sorprendente illusione, e di fronte ad una credenza così generale e così infondata io non esito a far mia la dichiarazione del Ferrara che questa è una pura leggenda. Il nostro Codice non fa che sancire l'irrepetibilità del pagamento: perchè ciò faccia non lo dice, ma di *espresso* non c'è altro.

---

(1) C. Crome, *Teoria fondamentale delle obbligazioni nel diritto francese*, tradotto e annotato da A. Ascoli e Cammeo, pag. 28, nota *a*.

(2) V. Venzi, *Contributo alla teoria delle obbligazioni naturali*, in *Giur. ital.*, LIX, 1907, IV, pag. 141, 142, specialmente nota 4, e pag. 149, nota 6.

(3) Loc. cit., pag. 158.

(4) Come il lettore potrà rilevare, questo confronto che mette in un rapporto per me arbitrario i due articoli, io non lo facevo, ma in questo non ha colpa il Belotti, se, intendendo che io dicessi la mia opinione teorica nel senso che era contraddetta dal Codice, mi ha fatto combinare l'art. 1804 con l'art. 1237.

(5) V. *Giuoco e scommessa*, in *Digesto Italiano*, vol. XII, 1900-1904.

(6) F. Ferrara, *Il pagamento « ob turpem causam »*, in *Studi senesi*, 1913, vol. XXIX, n. 6.

Che l'esclusione dalla *condictio indebiti* in ordine al debito di giuoco sia ispirata al nostro legislatore dal riconoscervi un'obbligazione naturale, è cosa che può risultare dal concetto che si nutre dell'obbligazione naturale, non già dall'art. 1804. È pertanto un argomento sul quale battagliare è lecitissimo, come è lecitissimo battagliare sul concetto dell'obbligazione naturale. La circostanza poi che questa sarebbe l'unica obbligazione naturale espressamente sancita dal Codice, mi pare che, a riflettere un momento, dovrebbe essere tutt'altro che favorevole a quella opinione. Come io diceva in quella vecchia nota, se la legge ha voluto sancire espressamente l'esclusione della *condictio indebiti* nel giuoco, ciò avviene « appunto perchè dell'esistenza di un'obbligazione naturale nel giuoco si poteva ben dubitare » (1). Chi consideri il titolo assolutamente indipendente e remoto che viene dedicato nel Codice al giuoco e alla scommessa, deve, se procede con spirito ed esegesi spregiudicata, ammettere che dopo l'esclusione dell'azione sancita all'art. 1802, dopo le eccezioni e le limitazioni alle eccezioni sancite all'articolo 1803, se il legislatore avesse taciuto, probabilmente in ordine al debito di giuoco la giurisprudenza avrebbe dovuto accogliere il principio romano: l'obbligazione è nulla e pertanto il pagamento eseguito dà diritto a ripetizione. L'articolo 1804 era necessario se il legislatore non voleva giungere a questa estrema conseguenza: sui moventi varî del legislatore nel sancire quell'articolo è opportuno per lo meno soprassedere e discutere, e per assumere l'obbligazione naturale bisogna esser ben chiari sul concetto dell'obbligazione naturale e sicuri che il giuoco armonizzi con quel concetto e con le altre figure di obbligazione naturale.

Consideriamo ora l'aspetto morale. Sotto questo punto di vista la posizione di battaglia e di vivace battaglia assunta da tutti i difensori del debito di giuoco è fondata di nuovo sopra un equivoco, che li trascina, anche dal punto di vista

(1) *Foro ital.*, loc. cit., pag. 162 [V. sopra, pag. 20].

della verità e della logica, oltre il segno. Tutto il lirismo del Manenti e del Belotti, che si richiama al Manenti, è veramente sciupato. La riassunzione del giuoco sotto il concetto dell'obbligazione naturale è questione che va messa da banda, perchè la soluzione non dipende tanto dalla valutazione del giuoco quanto dal concetto dell'obbligazione naturale: ciò che importa considerare è il carattere morale del debito di giuoco in sè stesso. Ora in quella mia nota io non negava che il debito del giuoco fosse sancito da energiche norme sociali; che fosse, come si suol chiamarlo, un debito d'onore; anzi queste cose, del resto evidenti per chi guarda la vita, io le asserivo. Il concetto da me formulato era che nella scala delle obbligazioni sociali il debito di giuoco appartiene alla graduatoria infima e dal punto di vista morale più incerta. Nessuno potrà negare che la massa delle obbligazioni morali debba esser collocata ben al di sopra delle obbligazioni di giuoco. Il gentiluomo paga i suoi debiti d'onore, ma lo stesso Fox, io diceva, fece meglio a pagare il suo sarto non appena questi ebbe lacerata la nota, e ridotto, come a lui parve, un debito di onore anche il suo (1). Il Manenti scambia l'*energia* delle sanzioni con la loro *intrinseca moralità;* ma io gli ripeterò col cardinale Federigo che il mondo « fa anch'esso le sue leggi, che prescrivono il male come il bene, e anche quando i suoi comandamenti sono di superbia e di odio, li fa rispettare anche a costo della vita ». Il ragionamento dei miei critici dimostra che il debito di giuoco è sentito vivamente nelle sfere sociali o in certe sfere sociali, ma non dimostra che esso abbia un carattere di moralità superiore, anzi che possa riassumersi sotto le norme sacrosante della morale. Quanto alle osservazioni ingenue del Belotti sul « forte sentimento » che spinge il giuocatore a pagare, potrei forse rispondere che il giuocatore teme l'esclusione dalla bisca, che è la sua vita, e dall'onorata famiglia dei suoi pari; poichè il giuoco patriarcale

(1) Loc. cit., pag. 162 [V. sopra, pag. 28].

descritto dal Manenti in forma idilliaca appartiene, per dirla col Ferrara, più alla sfera della socievolezza, che alla sfera giuridica, non batte alla porta dei tribunali. Ma sia pur *forte* il sentimento, se si vuole, certo la sua forza, al confronto con altri obblighi più santi, è psicologica, non morale, anzi ci trae spesso abbastanza lontano dalla morale: tale è il caso di quello sciagurato giovane che uccise una vecchia signora per poter pagare i suoi debiti di giuoco. Ma non pensa il Manenti che la stessa riprovazione legislativa è la condanna della sua veemente difesa — quando, ripeto, ci riferiamo non all'esistenza della norma sociale, alla forza del sentimento, bensì alla *moralità* — e abbassa, se non respinge, tra tutte quante le obbligazioni sociali questa obbligazione? E non parlo del diritto romano, che perseguita l'obbligazione di giuoco fino a concedere la *condictio indebiti* (benchè sia pure un popolo e una coscienza che dovrebbe contare qualche cosa per noi!); parlo in nome del nostro diritto, e potrei dire in nome di tutte le legislazioni. Se questa obbligazione non ha azione, se in ultima analisi il Codice si limita a tollerare lo stato di fatto, come nel pagamento ad una prostituta, a non interporsi tra biscazzieri, è certo per una ragione intrinseca inerente al rapporto, poichè in sè la convenzione non ha nessun vizio; mentre, ripeto, in tutte le altre obbligazioni morali la carenza di azione deriva da deficienze positive e il lato intrinseco è invece precisamente il motivo per cui, nonostante ogni deficienza, la *soluti retentio* è riconosciuta. Posta pure la nullità dell'obbligazione, dicono le fonti romane in una delle celebri ipotesi di obbligazioni naturali improprie, cioè di quella categoria corrispondente alle nostre, *relinquitur pietatis causa ex qua solutum repeti non potest;* e talvolta, se non invocano questa ragione di *pietas* (che non significa, com'è noto, la misericordia, ma denota la più augusta norma del mondo antico nelle relazioni etiche), invocano la sacrosanta *fides*, invocano il dovere sociale, l'*officium*. Non si accorge l'acuto spirito del Manenti che la posizione del debito di giuoco di fronte alle pure

obbligazioni naturali è precisamente inversa? E non è anche esso il diritto un'espressione della coscienza sociale che deve avere il suo peso? E finalmente, poichè siamo puramente e semplicemente in tema di coscienza morale, e io dichiarava di non scorgere nel debito di giuoco quella *fermezza* di coscienza che si richiede, a mio avviso, per l'obbligazione naturale, mi sia lecito di contrapporre alla coscienza del Manenti e del Belotti quella del Ferrara, del Simoncelli (1) e la mia. Esse non valgono di più, ma neanche di meno, e debbono esser prese in considerazione per valutare il convincimento universale sulla moralità di un debito. E se voi mi direte che il diritto può agire per puri motivi di utilità e per questi puri motivi di utilità, non per ragioni di moralità, ha dichiarato nullo il debito di giuoco, che la morale sancirebbe, se le coscienze individuali di chi sostiene una tesi vi sembrano un po' compromesse, ebbene io vi dò una misura collettiva, ma precisa, ed è la morale della chiesa, che vale per lo meno quanto quella della bisca. Non vi parlo del diritto canonico: ho avuto il pensiero di consultare un corpo di norme comechessia *puramente etiche*, come sono quelle raccolte nei manuali di confessione ad uso dei sacerdoti cattolici, e vi trovo questa massima più grave di quella che io mi pensassi: *Non videntur inquietandi in tribunali poenitentiae illi qui nollent solvere magnam summam quam amisissent.* È la condanna del vero debito di giuoco, non dei sollazzi patriarcali, riposo e svago dei vecchi, delle donne e dei fanciulli, poichè vi si parla d'una grossa somma ed è una condanna assoluta, mentre io mi limitavo a dire che il debito col proprio sarto, quando sia rimasto privo di azione, è un debito più sacrosanto.

---

(1) Cito anche il Simoncelli, in quanto egli riconosce bensì l'obbligazione naturale per debito di giuoco, ma da questa figura del debito di giuoco che egli assume come tipo, pur combattendola vivamente dal punto di vista etico, è indotto ad attribuire all'obbligazione naturale una funzione, che implica sempre una riprovazione legislativa del suo contenuto.

È vano il celarsi la netta posizione delle cose. Il debito di giuoco non è scritto come obbligazione naturale nel nostro Codice, e se per includerlo tra le obbligazioni naturali, voi dovete esaltare l'intrinseco valore morale del rapporto, siete per lo meno a mal partito. Preziosa è la critica a me rivolta dal Belotti: « Il Bonfante accentua troppo quell'elemento morale che, secondo noi, non è necessario in così alto grado a costituire un vincolo obbligatorio » (1). Questa dichiarazione per avere un senso deve essere integrata. Nessuno pensa che l'obbligazione civile debba esser valutata alla stregua di un alto sentimento di moralità: basta che essa non sia immorale, che, per ripeter le parole di Papiniano, *non laedat pietatem, existimationem, verecundiam nostram.* L'autore voleva dire certamente a mio riguardo: « a costituire l'obbligazione naturale », e allora io mi domando qual è il mio torto se io, conforme alla tradizione costante, a partire dai tempi romani, valuto altamente l'elemento morale per riconoscere un'obbligazione naturale, se esigo che il vincolo, non riconosciuto dal diritto, sia munito di sanzione non dubbia dalla morale e se nel dubbio mi sono dimostrato propenso (poichè non vi era nemmeno un'asserzione precisa nelle mie parole) a escludere il giuoco dall'obbligazione naturale? E a che pro tanta battaglia, quando il Codice ha disciplinato perfettamente questo rapporto, ha negato l'azione, ha stabilito eccezioni e limitazioni, ha escluso pur sempre la *condictio indebiti*, come nelle vere obbligazioni naturali? Che cosa si guadagna in questa discussione, la quale, ripeto (senza tema di essere frainteso oramai), è puramente teorica? Nulla. Anzi siamo tutti d'accordo che si corre il rischio di trascinar la giurisprudenza ad ammettere la così detta novazione del debito di giuoco. E allora donde questo universale consenso?

La ragione dell'unanime accordo appartiene al novero di quei moventi psicologici, che spesso inconsapevolmente

(1) *Digesto Italiano*, vol. II, voce *Giuoco e scommessa*, pag. 413.

traggono gli studiosi in una via senza uscita o in sentieri aberranti. Per costruire una teoria delle obbligazioni naturali, arieggiante l'edificio classico, la massa degli scrittori aveva bisogno di desumere dall'organismo stesso del diritto un gruppo di obbligazioni naturali distinte dalle morali: e si è abbrancata famelicamente a quest'unica ipotesi, nella quale il Codice le presentava per lo meno un caso di esclusione della *condictio indebiti* per un'obbligazione, che ha la più schietta fisonomia delle obbligazioni giuridiche, carattere patrimoniale, oggetto determinato (anzi il più determinato o più tipico oggetto dell'obbligazione, cioè una somma di danaro), figura contrattuale: un'ipotesi, nella quale si poteva dissimulare sotto un'apparenza di concordia e di saldezza la più capricciosa e la più cieca discordia. È parso il trionfo.

Ora io, nonostante tutto quello che ho detto, non affermo nè nego. Io non vado mai contro corrente pel piacere di dir cose nuove o paradossali, o pel gusto di contraddire, e cerco anzi, quanto è possibile, di riallacciarmi e di conciliarmi: l'obbligazione naturale per debito di giuoco, si potrà anche ritenere, e, una volta liberati dall'ossessione che sia scritta nel Codice, si potrà cercar di dimostrarla meglio di quel che siasi fatto sinora. Ciò che importa a me di stabilire è una cosa sola: che la discussione teorica sul concetto dell'obbligazione naturale non si deve imperniare sopra un'ipotesi così poco naturale e di così dubbia morale, sopra un tipo che è perfettamente regolato dal Codice e che appunto per questo si può ritenere che il legislatore intendesse escludere dal novero delle obbligazioni naturali, ed è certo praticamente inutile di inserire in quel novero. Non è scientificamente utile fare di questa obbligazione il tipo e il motivo della discussione nel campo delle obbligazioni naturali (1). Non è moralmente decoroso erigersi a paladini

(1) Nulla meglio lo dimostra quanto il traviamento, bisogna che dica pur così, di un esimio civilista ed ottimo amico, il Simoncelli, il quale, incentrando nel giuoco la discussione delle obbligazioni naturali, svolse

dell'obbligazione di giuoco, per abbassare ed escludere dal novero delle obbligazioni naturali rapporti ben più santi e giusti. Se volete accoglierla, non fatene almeno il vostro campione. È veramente strano che si vegga esercitato il più sottile acume ora per togliere il carattere di obbligazione naturale in nome della *res iudicata* alle obbligazioni, che più gridano di fronte alla morale offesa, come il debito reale che permane dopo un' iniqua assoluzione, ora per respingere, in nome dei rigidi principî della proprietà individuale, l'obbligazione naturale nei rapporti in cui più grida la natura, nei rapporti elementari e tipici dell'antico diritto naturale, come gli obblighi dei genitori verso i figli, e nessun dubbio

---

già in un elevato discorso inaugurale all'Università di Camerino (*Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Camerino 1890), riaffermò nelle sue Lezioni e fissa ora nelle sue belle *Istituzioni di diritto civile* (Roma, *Athenaeum*, 1913, pag. 393), il concetto che l'obbligazione naturale rappresenti una condizione di inerzia dello Stato e del diritto di fronte ad una *immoralità* non ancora sentita dall'universale, una fase di trasformazione e di rinnovamento, in cui la coscienza pubblica non ha raggiunto l'« apprensione completa del precetto morale, non si è sollevata a biasimare certi rapporti antisociali più fortemente che oggi non faccia »; in questa fase di transizione « lo Stato resta inerte: non dà l'azione, ma neppure pronuncia la nullità: rispetta l'estrinsecazione della libera volontà, il fatto compiuto ». Come altro tipo di « obbligazione naturale » (*Le presenti difficoltà, ecc.*, pag. 35, 36), il Simoncelli adduceva, dopo il giuoco, quello del debitore di sostanze inebrianti, in Inghilterra, per la quale obbligazione la legge inglese non concede azione, ma non ammette la ripetizione.

E tutto quanto il discorso del Simoncelli è diretto precisamente a bollare l'*immoralità* di simili atti! Non si potrebbe con più evidenza rovesciare per amor della costruzione lo spirito che ha sempre animato le obbligazioni naturali in ogni diritto e la totalità delle figure certe. Non si può negare al Simoncelli la lode di aver rappresentato con vivezza ed efficacia la natura di queste obbligazioni nascenti da cause immorali, ma la sua stessa dimostrazione dovrebbe convincere che la vecchia e veneranda figura dell'obbligazione naturale non si può ridurre a tipi siffatti, come il debito di giuoco, l'obbligo verso la prostituta, o verso gli spacciatori di assenzio o di oppio. Il legislatore nello scrivere l'art. 1237 non pensava, o almeno non pensava in modo esclusivo, ad ipotesi turpi, straniere al diritto romano, e per giunta rare come configurazioni e quasi patologiche.

agiti le menti intorno al sacrosanto debito del *trente et quarante!* Una categoria come quella delle obbligazioni naturali, che nelle più varie fasi e nelle più diverse configurazioni par destinata a rappresentare la valvola dei sentimenti etici più elevati, compressi dal diritto per le inesorabili ed eterne esigenze della norma positiva, una categoria in cui le varie figure sono elevate con piena dignità al grado di figure giuridiche, non appena sanate dal punto di vista delle forme e dei requisiti civili, non deve esser rappresentata da un'obbligazione compressa dal diritto per ragioni etiche, da una obbligazione che, quando non sia perseguitata, è certo condannata per motivi inerenti al rapporto a rimanere in eterno nel limbo delle obbligazioni imperfette.

11. Il mio studio è una giustificazione della giurisprudenza, la quale nel tema delle obbligazioni naturali ha il merito di non essersi lasciata fuorviare dalla dottrina, salvo quanto al debito di giuoco, dove l'ammissione dell'obbligazione naturale sarebbe innocua, se la teoria non conducesse logicamente ad ammettere anche la possibilità della conversione in civile, cioè, come usa dire, la novazione. Fors'anche il merito di questa resistenza non è grande: perchè il concetto dell'obbligazione di coscienza rappresenta nella pratica una misura, un criterio sicuro e chiaro, laddove gli scrittori con le loro teorie di cattedra e di scuola, aeree, inconsistenti, vuote, con le loro battaglie di pura dialettica, offrono spettacoli superbi di fuochi d'artificio, ma nessuna luce tranquilla, nessuna misura, nessuno strumento concreto, nessun criterio applicabile.

Non è difficile ad un romanista di scoprire il germe delle teorie cartacee dominanti. Prima della seconda metà del secolo gli interpreti del diritto moderno erano concordi sul terreno dell'obbligazione morale o di coscienza, che era il concetto del diritto comune. Nella seconda metà del secolo sopraggiunge nei territori latini la fiumana impetuosa della scuola storica. Era un ritorno alla esegesi pura delle fonti,

una specie di rinascenza classica, in cui le fonti stesse del *corpus iuris* dovevano essere illuminate dalle fonti storiche e letterarie, dalla ricostruzione dell'antica società e del diritto pubblico. Il compito era di stabilire quanto fosse vivo ancora del diritto romano: ma il risultato fu in quella prima fase un abbandono del diritto comune, una esegesi diretta dei frammenti del *corpus iuris*, che, animata dal senso storico e dalle conoscenze filologiche, era tratta ad avvicinarsi più al pensiero dei giureconsulti romani che non a quello di Giustiniano. Nel tema delle obbligazioni naturali il poderoso lavorio tedesco penetrò fra noi per opera di un romanista insigne, il De Crescenzio e di chi è ad un tempo stesso romanista e civilista illustre, il Filomusi, e ha generato un intenso e fecondo movimento di pensiero tra i civilisti, ma altresì una deviazione dal semplice e sano indirizzo tradizionale nel campo del diritto positivo.

Una seconda fase da non molto si è iniziata nello studio del diritto romano, una fase in cui la critica e la ricostruzione degli istituti romani è proceduta più oltre, sceverando nelle fonti, ora mediante la critica dei testi, ora mediante l'analisi organica degli istituti, l'elemento classico e l'elemento giustinianeo, rendendo a Roma, quello che è di Roma, al Cesare orientale quello che è suo e del suo mondo spirituale, e risollevando dall'ingiustificato dispregio gli interpreti del diritto comune, i quali quasi sempre hanno inteso la volontà di Giustiniano meglio della scuola storica; e ho avuto anch'io in piccolissima parte il merito di cooperare, specialmente con l'applicazione del secondo metodo, a questo nuovo immenso lavoro.

E per l'appunto il concetto dell'obbligazione naturale, che emerge dal nucleo più definito del diritto giustinianeo, è il concetto del diritto comune, trapassato nel nostro diritto e vivente ancora nella società moderna. Di questo concetto io ho inteso dare una formulazione più scientifica e precisa mediante un'apposizione rivolta ad eliminare gli equivoci nella dottrina e gli errori nella pratica, e ad ogni modo atta

a collocare il problema nelle sue vere basi: il *carattere patrimoniale* dell'obbligazione naturale, che ne restringe il campo ai rapporti che offrono il più schietto parallelo con le obbligazioni di cui si tratta nel libro III del codice civile a cui si riferiscono gli istituti del pagamento e della *condictio indebiti.*

Postilla. — È un conforto per me il riconoscere che finalmente la mia battaglia ha prodotto un *revirement* anche nella dottrina. Già le stesse opinioni del Pacchioni e del Carnelutti non sono in sostanza che formulazioni diverse dal concetto che l'obbligazione naturale è obbligazione morale. Più precisamente e più largamente nel senso da me svolto sono lo Scuto, *Natura giuridica della ripetizione dell'indebito* in *Riv. di dir. civile*, IX, 1917, n. 68 e segg., e Gangi, *Le obbligazioni naturali* nella *Riv. di dir. commerciale*, XV, 1917, I, 497 (è la sua bella prolusione nell'Univ. di Camerino).

Che questa reazione avvenga tra i giovani è pur ragione di conforto, ed è d'altra parte troppo naturale, giacchè per uomini maturi il mutar rotta costa troppo grave sforzo psicologico e morale.

Singolare è la posizione del mio insigne collega Leonardo Coviello, il quale anch'egli si pronuncia sul tema nella sua felice prolusione nell'Università di Napoli: *Gli errori della giurisprudenza e i suoi trionfi* in *Giur. ital.*, 70, 1918.

Il Coviello critica l'opinione estrema rappresentata per la prima volta tra noi dal De Crescenzio, che « debbansi considerare come casi di obbligazione naturale quelli *tassativamente* preveduti dalla legge »; demolendo il concetto con varie obbiezioni, tra cui quella, molto ovvia, che una simile dottrina « renderebbe l'art. 1237 capov., vuoto di contenuto normativo » (loc. cit., pag. 18-19, n. 35). Egli critica altresì l'opinione che ricorre ai principii generali, alla virtuale coercibilità, o al rapporto giuridico precostituito (loc. cit., pag. 19-20).

Dopo queste premesse, non può non meravigliare la conclusione: « Perciò io credo che, o si deve restringere l'applicazione dell'art. 1237, capov., ai casi *tassativamente* contemplati dalla legge e tutt'al più ai debiti civili per cui è venuta meno l'azione in forza di giudicato, o, se si ammettono altri casi, *si apre necessariamente il varco a tutti gli obblighi morali o di convenienza aventi contenuto patrimoniale* (loco cit., pag. 20) ». Pare che la nostra dottrina sia un mostro da fuggire anche senza poterne addurre la ragione, e piuttosto che accoglierla giovi ricadere nella prima opinione che si è confutata e distrutta! (Per quel che riguarda l'abusato termine *obblighi di convenienza* v. in fine di questa postilla).

Quanto all'obbiezione che lo ritrae dall'ammettere l'obbligo naturale di dotare, e, pare, anche l'obbligo naturale di eseguire la fiducia, che pure ha il suo parallelo così perfetto in diritto romano, essa è puramente dialettica. Osserva il Coviello: « Come conciliare nello stesso atto l'*animus donandi* e l'*animus solvendi?* Può ammettersi una graduazione dell'*animus donandi*, specie nel diritto nostro che considera come donazioni anche quelle *rimuneratorie?* Sono queste obbiezioni molto antiche e autorevoli, a cui non si è data finora adeguata e soddisfacente risposta » (Coviello, loc. cit., pag. 23). Ma, Dio mio, se il giudice riconosce un'obbligazione naturale, è inutile andare a ricercare l'*animus*, come è inutile ricercare l'*animus* con cui si paga quando esiste un'obbligazione civile; in base all'art. 1237 anche per le obbligazioni naturali si deve presumere che il pagamento avvenga *animo solvendi*. Certo il ragionamento del Coviello ha il suo valore contro la tesi del Giorgi e del Fadda da lui citati, i quali ritengono che il soddisfacimento dell'obbligazione naturale sia atto di donazione; ma non ne ha contro la mia opinione. E, di nuovo, le donazioni *rimuneratorie* si separano nettamente dalle obbligazioni naturali, la cui essenza è parallela a quella delle obbligazioni *patrimoniali* di diritto civile.

Ancora una osservazione o insistenza debbo fare: la quale torna in acconcio anche di fronte allo stesso Coviello. Io non accetto la formula germanica « obblighi sociali o di carattere sociale », nè la dichiarazione equivalente, che spesso accade di leggere nella nostra giurisprudenza e nei nostri autori, « obblighi voluti dal buon costume, dalle leggi della convenienza, dall'onore ». Ciò che io esigo è la sicura imposizione della morale sociale. Io non riconosco obbligazione naturale se non dove c'è una ferma coscienza, una concordia delle varie norme sociali, che non ammette dubbio sulla moralità del rapporto (V. sopra la mia prima nota). Per me la formula migliore è sempre la più vecchia « obbligazioni morali, ovvero obblighi di coscienza », salvo l'aggiunta indispensabile del carattere patrimoniale.

Da più di mille anni nel pensiero del legislatore il concetto dell'obbligazione naturale non si riferisce nè alle mance (ora in via di abolizione), nè all'obbligo di far regali per nozze e natalizi, bensì alle più salde e auguste norme dell'ordine sociale.

In comunicazione privata un illustre e acutissimo collega riconosce utile le mia determinazione desunta dal carattere patrimoniale; ma vorrebbe che io analizzassi più a fondo questo requisito della patrimonialità. L'esigenza ha una grande apparenza di giustezza; pur nondimeno io non posso, nè debbo seguirlo su questo terreno. Sul requisito della patrimonialità delle obbligazioni io ho forse opinioni un po' eterodosse, che svolgo nelle mie Lezioni; ma non posso d'altra parte far dipendere la mia tesi circa le obbligazioni naturali dall'accoglimento dell'una o dell'altra teoria circa questo requisito. Il vero è che, qualunque opinione si accetti in proposito, è certo che le obbligazioni di cui si tratta all'art. 1237 sono per volontà del legislatore che ne tratta a quel punto (a parte pure ogni riflesso circa le origini del concetto e la tradizione) obbligazioni parallele a quelle civili della stessa natura di cui si tratta pure nel libro III, e non sono obbligazioni parallele a quelle di contenuto certamente

extra-patrimoniale sancite o nel diritto famigliare, o nel diritto pubblico.

Io mi permetto d'insistere sino al tedio su questo punto, perchè qui mi sembra la chiave della questione: è chiaro che per molti autori (ne provai l'illusione io stesso, come appare dai miei vecchi appunti riferiti) la struttura giuridica delle obbligazioni, per cui essi si arretrano davanti al concetto di una obbligazione morale, è data da questa analogia esteriore con le obbligazioni civili che negli esempi tipici, anzi costanti, si rivela nella forma più cruda: due soggetti, uno scambio di consensi, una somma di danaro. A questa stregua i rapporti morali o sociali in generale e certamente tutti quelli di natura economica non sarebbero che rapporti giuridici imperfetti! La similarità di struttura non significa carattere giuridico, perchè, ripetiamolo pure a sazietà, rapporti della stessa natura possono esser disciplinati dalle norme sociali o dalla norma giuridica. Che se le obbligazioni naturali si vogliono dire obbligazioni giuridiche imperfette, in quanto hanno effetti giuridici, sia pur limitati, allora l'errore che si commette è nulla rispetto alla grandiosa inutilità di questa dubbia ed equivoca asserzione: giacchè non si tratta di dare un titolo vuoto a queste obbligazioni, ma di stabilire quali esse sieno, a qual criterio si debbano riconoscere.

Il Pacchioni in uno studio pubblicato in *Riv. di diritto comm.*, XVI, I, pag. 241, 1918, torna a difendere la formula del *debitum* senza *obligatio*. Io non posso trovare in questa formula se non una adesione implicita al mio concetto: il che avverte, con chiarezza ed energia, Carlo Longo nella critica convincente dello studio predetto in *Riv. di dir. civ.*, XI, pag. 316 e 317, 1919.

Sullo stesso ormai terrificante equivoco del *debitum* senza *obligatio* insiste ripetutamente il Betti nel suo studio ricco di pensiero, ma troppo astratto, *Il concetto dell'obbligazione dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920 *passim*. Data la moda, credo che dovremo rassegnarci per un certo periodo

al furoreggiare della tempesta di illogismi provocata dalla categoria *debitum* e *obligatio*. Su questo, ch'è il più meraviglioso, io non ho che a ripetere quanto ho dichiarato sopra (pag. 85-86, nota 1): il *debitum* senza *obligatio* è un assurdo; l'*obligatio* può esistere in testa allo stesso debitore o, nelle origini, in testa altrui, ma esso accompagna sempre il *debitum*.

Se il vincolo, l'*obligatio*, è puramente morale, è anche morale il *debitum*, vale a dire di quanto discende, per così dire, l'*obligatio*, di tanto discende il *debitum*. *Ad abundantiam* non sarà male richiamare l'autorità degli eterni maestri, che il buon senso non smarrivano mai, i giureconsulti romani. *Obligatio* e *debitum* sono parole che si adoperano promiscuamente anche per le obbligazioni morali in tutta la letteratura antica; ma se si vuol esser tecnici e restringersi al diritto, tanto è improprio l'uso di *obligatio*, quanto quello di *debitum* nelle obbligazioni, che non hanno sanzione giuridica, e precisamente il sommo tra i giureconsulti romani, il creatore della teoria delle obbligazioni naturali, Salvio Giuliano, ci dichiara, contro tutto l'andazzo odierno, che nelle obbligazioni naturali non soltanto il termine *obligatio*, ma altresì i termini *debito*, *debitore*, *creditore* si adoperano abusivamente: « nam licet *minus proprie* debere dicantur naturales debitores, *per abusionem* intellegi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse » (L. 16, § 4, D. *de fid. et mand.*, 46, 1). E su tale abuso dei termini *obligatio* e *debitum* insistono i giureconsulti (Cfr. Ulp., L. 41, D. *De pec.*, 15, 1; Pap., L. 95, § 3, D. *De sol. et lib.*, 46, 3), ma per avventura più ammoniscono contro l'abuso dei termini debito e credito (Ulp., L. 10, D. *De v. s.*, 50, 16; L. 41, D. *De pec.*, 15, 1, cit.; Mod., L. 108, D. *De v. s.*, 50, 16).

Il Brunetti, *Obbligaz. naturale e obbl. economica*, dagli *Atti della R. Acc. dei Georgofili*, XVI, 1919, articolo inserito col titolo *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano* in *Scr. giur. varî*, III, pag. 201 e seg., torna all'idea del diritto naturale. Le conseguenze cui si perviene sono identiche alle

nostre: inoltre certamente tale concezione è più legittima della ricerca nel diritto positivo e il Brunetti è pur d'accordo con me nell'escludere assolutamente il debito naturale di giuoco. I miei dubbi sono circa il valore di questa resurrezione del diritto naturale come strumento d'interpretazione (v. la critica dello scritto del Brunetti di nuovo in Longo, *Riv. di dir. civ.*, XI, pag. 512 e 513, 1919).

IV.

Sulla causa illecita (*).

La sentenza è giusta. Di qualunque natura sia il contratto in questione, relativo all'esercizio di una casa di tolleranza, cioè, o mandato, o società, o locazione di opere, esso ha *causa* moralmente illecita e per la sua immoralità non può dar luogo ad azione. Diremo di più: simili cause non dovrebbero presentarsi ai Tribunali.

Chi è invitato a prestare il suo patrocinio in questioni di tal natura ha fatto tutto il debito suo, quando ha consigliato di non adire il Tribunale, il quale non potrebbe pronunciarsi.

Diversa tuttavia sarebbe l'ipotesi se si fosse trattato della pura locazione di una casa, sovrattutto senza specificarne l'uso. Qui la causa di per sè stessa — locazione di casa — era lecita, e l'uso che della casa avesse fatto il locatario era questione individuale, che poteva solo dar luogo eventualmente, se non pattuito, ad azione di rescissione per abuso dell'oggetto locato.

La questione che si può fare in ordine alle cause turpi è circa la possibilità di ripetizione del pagato. E questa è esclusa, per la stessa ragione, a nostro avviso, cioè per il motivo della illiceità della causa. Causa non è che il rapporto che si contrae volontariamente o involontariamente tra le due parti, l'affare che si conchiude: il concetto della

(*) Estratto dalla *Riv. del dir. comm.*, XV, 1917, pag. 231-234. È una nota alla sentenza del Tribunale di Casale, 16 marzo 1916. La massima della sentenza è la seguente: « Non produce azione in giudizio perchè fondato sopra causa illecita il contratto per l'esercizio e la locazione di una casa di tolleranza ».

causa quindi ha luogo tanto nei contratti, quanto nei quasi-contratti, tanto nell'adempimento di un debito, quanto nella ripetizione di un indebito. L'illiceità della causa pertanto infirma anche la ripetizione dell'indebito. È in questo modo che si giustifica nel nostro diritto l'applicazione del principio sancito dal giureconsulto romano nella L. 3, D. *de cond. ob turp. vel iniust. caus.*, 12, 6: « *Ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus* ». La *turpitudo* nel dare e nel ricevere significa *turpitudo* nel rapporto che si contrae, nell'affare, nella causa.

È manifesto pertanto come in simili rapporti il diritto si ponga veramente in una condizione d'indifferenza o di inerzia. Lo Stato non presta il suo braccio a costringere, non presta il suo braccio a ripetere, se alcuno ha eseguito.

In questa posizione dello Stato e in quest'ordine dei rapporti un esimio nostro giurista, con una continuità di persuasione antica, volle ritrovare il concetto della obbligazione naturale. Secondo il Simoncelli (*Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Camerino 1890, e *Istituzioni di diritto civile*, Roma 1913, pag. 393) l'obbligazione naturale rappresenta uno stato di transizione in cui la legge, di fronte all'immoralità o a una condizione incerta della coscienza sociale circa la moralità del negozio, non osa nè proteggere, nè condannare. « In tal caso lo Stato resta inerte: non dà l'azione, ma neppure pronuncia la nullità: rispetta l'estrinsecazione della libera volontà, il fatto compiuto ».

A nostro avviso, è questa una deformazione e una calunnia dell'obbligazione naturale, le cui singole esplicazioni in qualunque diritto, nella coscienza di qualunque cittadino implicano invece un alto contenuto morale. Le ragioni per cui l'obbligazione naturale non riceve azione, le ragioni per cui anche nelle obbligazioni naturali lo Stato si limita a rispettare il fatto compiuto, sono (qualunque concetto se n'abbia) ragioni formali e giuridiche, non ragioni morali. In questo punto, salvo il Simoncelli, tutti si è d'accordo. Nè per spiegare l'esclusione della *condictio indebiti* in ogni

caso v'è bisogno di ricorrere al concetto dell'obbligazione naturale, alterandolo e, dire quasi, contaminandolo.

Tuttavia ciò che ha spinto il Simoncelli alla sua concezione è precisamente il suo spirito rigorosamente logico. La sua teoria si può considerare come la critica, per deduzione assurda, dell'opinione dominante sulle obbligazioni naturali, cui gli spiriti amanti delle eleganti sottigliezze e della dialettica astratta rendono sempre omaggio. Fissi come sono in generale gli scrittori nel cercare le singole obbligazioni naturali per via di sottili arzigogoli entro le maglie del Codice, persuasi che la più chiara, la più indiscutibile sia precisamente il giuoco, essi dovrebbero seguire la traccia e il tipo di questa obbligazione. In realtà la tradizione e l'istinto fa arretrar tutti quanti: le altre obbligazioni naturali, che, con niuna concordia tra gli scrittori, si stabiliscono, sono tutte disformi dal giuoco, veramente antitetiche a questa figura per il loro carattere morale. Il Simoncelli è l'unico autore, che non si sia lasciato traviare e abbia seguìto puramente il filo della logica e le ragioni dell'analogia: accanto al giuoco egli colloca lo spaccio di sostanze inebbrianti, per cui la legge non accorda azione, l'obbligo verso la prostituta e dovrebbe collocare anche il nostro rapporto. Noi rendiamo omaggio a questa logica sincera; ma essa ci deve ammonire di non confondere rapporti non difesi per ragioni morali, e rapporti non difesi per ragioni formali, e di non gettare in un unico crogiuolo tutti i casi di esclusione della *condictio indebiti.*

V.

Sulla genesi e l'evoluzione del " contractus „ (*).

1. Nelle indagini sulla nozione primitiva del *contractus* spiccano segnatamente due forti contributi: uno studio speciale del Pernice (1) e un'ampia nota del Perozzi nel suo scritto così ricco di movimento ideologico sulle obbligazioni romane (2). Nondimeno anche in questi due studi, così pensati e nutriti di solida esegesi, l'indagine mi sembra smarrire in direzione opposta la giusta via, in maggior misura nel Pernice, ma in una certa misura anche nel Perozzi. Questa l'occasione della presente nota, la quale non intende esser se non uno svolgimento di idee espresse, ma forse troppo succintamente, dall'autore, e perciò passate inavvertite. Mi sia lecito all'uopo di prender le mosse dalla dimostrazione delle mie idee personali, richiamando la tesi da me precedentemente enunciata. Nel mio *Diritto romano* (3), io così diceva: « *Contrahere*, *contractus* nella lingua dei giureconsulti romani, come nella lingua volgare italiana, che serba più genuinamente lo spirito antico, sono termini che alludono non al consenso, bensì al vincolo; termini paralleli ad *obligare*, *obligatio*, e usati anche spesso in iscambio. Il senso materialistico del legare (*obligare vulnus*, *venas*,

---

(*) Dai *Rend. del R. Ist. Lomb.*, XL, 1907, pag. 888-902. Con chiarimenti e abbreviazioni.

(1) *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, nella *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, vol. IX, 1888, pag. 195-200.

(2) *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903, pag. 31-45.

(3) Firenze 1900, ed. Cammelli, pag. 370-371.

obligatio linguae, ecc.), dello stringere (*contrahere succum, ventrem, diem, animam*, ecc.: cfr. *contrazione*), è vivo egualmente nei due vocaboli e la schietta antitesi a entrambi è *solvere, solutio*. Laonde il vocabolo *contrahere* tornava benissimo in acconcio, là dove trattavasi appunto di stringere un vincolo, di conchiudere una *relazione duratura tra le persone*, come nei rapporti famigliari, sponsali, matrimonio, adozione, o nei rapporti obbligatori, ma non negli atti di trasmissione del dominio e costituzione di *iura in re*, nelle alienazioni vere e proprie. Se non che il sostantivo *contractus* in special modo sembra sia stato coniato nella lingua della giurisprudenza classica per designare espressamente i vincoli obbligatori e appunto quei vincoli che la legge permette di stringere volontariamente; ma non è tuttavia peranco la volontarietà o il consenso che si vuol significare, bensì la intrinseca natura ed essenza del rapporto obbligatorio, il suo sostrato obbiettivo: con parole romane il *negozio* o la *causa*, che dà al negozio una figura e un nome suo » (1).

Ricollegandomi a queste precedenti dichiarazioni, ciò che io intendo dimostrare è il valore e la sfera distinta del *contractus* e della *conventio* nel diritto antico di Roma, e il perchè nel *contractus* viene ad aver rilievo dapprima il *negotium*, che ne restringe la nozione alla materia delle obbligazioni, e più tardi la *conventio*, che la restringe ulteriormente all'obbligazione stabilita dalla volontà delle parti.

---

(1) Anche in una nota posteriore di giurisprudenza (*Riv. di diritto comm.*, III, 1905, parte II, pag. 358) io osservava nello stesso ordine di idee: « Non ha poco turbato la trattazione della dottrina del contratto con sè medesimo il punto di partenza unilaterale ed esegeticamente errato della pretesa definizione romana del contratto, basata sull'accordo di due o più volontà, « pactio est duorum vel plurium in idem placitum et consensus ». Ora questo celebre dettato, che si ha nella L. 1, § 2, D. *de pactis*, 2, 14, non è punto dato dai Romani come definizione del *contractus*, bensì come definizione della *pactio* o *conventio*, dell'accordo, che è un elemento del contratto: elemento, per altro, diciamolo pure, tanto poco preminente che il rilievo ad esso dato fu una novità della giurisprudenza ».

2. Di atti e rapporti in cui intervenga la volontà dei due subbietti, il *consensus* delle due parti, i Romani ne hanno anche fuori della materia delle obbligazioni. Tali i modi di alienazione della proprietà, la mancipazione o la tradizione, l'arrogazione o l'adozione nel diritto famigliare. Nella stessa materia delle obbligazioni certamente l'accordo delle parti, il *consensus*, interviene anche a sciogliere e modificare il vincolo obbligatorio: nella stessa novazione, nella *acceptilatio* si ha pur sempre una *conventio* (1).

Ma le parole *contrahere*, *contractus* negli scrittori classici non compaiono mai in usi così generali (2). Dobbiamo insistere sopra un punto, che per noi italiani è prezioso. Le parole latine conservano nella lingua volgare italiana più genuinamente lo spirito antico che non nella lingua giuridica, la quale segue le correnti della tradizione dottrinale, ed ha subìto quindi molteplici influenze straniere. Ora, nella lingua italiana, come nella lingua latina, sia nel suo significato materiale, sia negli usi traslati e spirituali, le parole *contrarre*, *contratto* non alludono punto alla volontà, bensì allo stringere un vincolo, una relazione in generale, sia pur senza alcun intervento della volontà. Certamente il senso materiale dello stringere, del riunire, è in latino più vivo e immediato, e ciò si può ripetere per molte simili parole: molti

---

(1) L. 5, D., 18, 5.

(2) Salvo in testi certamente interpolati delle nostre fonti: L. 13 pr., D., 8, 3: sed si *in contrahenda servitute* aliud actum est. Il Pernice (*Zeitschr. der Sav. Stift.*, IX, pag. 197, 2) reputa il testo per altri motivi interpolato, con riguardo alla L. 4, D., 8, 1, la quale è pure interpolata, secondo lo stesso Pernice e il Di Marzo (*Archiv. giur.*, vol. 60 (1903), pag. 530). Nota anche il Pernice che l'espressione *contrahere* per costituzione di servitù è « ganz ungewöhnlich ».

L. 55, D., 44, 7; Javolenus *libro duodecimo epistularum* « In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia *causa contrahendi* fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad affectum id quod inchoatur non potest ».

Anche questo testo è certamente interpolato. Pernice, loc. citato, pag. 204, 2; *Labeo*, II, 28, 3; Naber, *Mnemosyne*, 1897, 30, 1. Cfr. anche

usi (*contrahere copias*, *auxilia*, *frumentum*, *naves*, *turbam*, *bellum*, *pugnam*, *vela*, *morbum*, *amicos ad colloquium*, *cicatrices*, *animum*, *se contrahere*, *in unum contrahere*, *siccare et contrahere*, *coagulare et contrahere*, *frigore* o *rigore contrahi*, ecc.) famigliari ai latini, sarebbero puramente letterari nella lingua italiana, ma *contrarre la fronte*, *i pori*, *figure contratte*, sono espressioni d'uso comune anche presso di noi, e in *contrazione*, che è poi forma parallela di contratto, quel senso materialistico è spiccatissimo. Gli usi spirituali sono quasi comuni. *Contrahere amicitiam* o *inimicitias*, *vinculum amicitiae*, *odium*, *gratiam*, *offensionem*, sono frasi che hanno il loro parallelo nella lingua italiana e forse con maggior freschezza via via che si risale nella vecchia lingua. Raccolgo espressioni varie in quella vecchia lingua: contrarre amistà o vincoli di amistà, contrarre dimestichezza o famigliarità, contrarre ruggine (in senso metaforico), contrarre morbi o infermità, contrarre contagio o morte; l'ira contratta, le abitudini contratte, contrarre un non so che dell'antico; l'inquietudine che molti dalle lettere contraggono, la noia e il rincrescimento che contrarre si puote dalle troppo oltre spinte fatiche; le contratte macchie del peccato e simili. Evidentemente in tutti questi usi ciò che vi è di comune è *lo stringere un vincolo*, *una relazione duratura;* che la volontà vi abbia o non vi abbia parte, è indifferente; e certo non vi ha parte quando si usa il verbo contrarre

---

Perozzi, *Tradizione*, pag. 4, 11, il quale prima di tutti rilevò la singolarità ed i dubbi di questo celebre testo. In questo testo sarebbe compresa la *donatio* (lasciando da parte la *conductio*, che per il nostro scopo non rileva) sotto il concetto del *contrahere*, che dovrebbe riabbracciare ogni atto di alienazione del dominio. Ma può valere come controprova dell'interpolazione e della nostra tesi in generale il linguaggio delle tarde costituzioni imperiali, in cui veramente *contractus* riabbraccia in numerosi testi la donazione o l'alienazione in generale, la costituzione di servitù e di usufrutto. Gli è su questo ampliamento che ha radice la celebre trovata zenoniana del *contractus* costitutivo di enfiteusi. Da questo linguaggio s'intende che noi dobbiamo per ora prescindere.

discorrendo dei morbi, delle infermità, delle inquietudini e delle noie, perchè nessuno desidera simili cose.

Ma il senso non è diverso anche negli usi giuridici, e comune è il linguaggio latino e italiano, finchè restiamo fuori della tecnica tradizionale; il giurista può ben discutere se il matrimonio sia un contratto, e nessuno certo affermerà che sia un contratto la parentela; ma se alla lingua latina sono famigliari le espressioni *contrahere sponsalia*, *nuptias*, *matrimonium*, *adfinitatem*, ecc., simili espressioni tornano a iosa nella lingua italiana: contrarre sponsalizie, contrarre nozze, contrarre parentado; il contratto matrimonio non piacque; la consanguineità, dice San Raimondo, è un legame contratto per carnale generazione. La volontà pertanto non ha nulla a che vedere col costituirsi del legame. Finalmente se penetriamo nel campo stesso dell'obbligazione, ecco che di nuovo il termine *contrahere* le abbraccia tutte: si contrae un'obbligazione qualunque ne sia la causa. Il *contrahere* esclude molti territori in cui entra l'accordo, ma ne abbraccia altri in cui l'accordo non entra: l'accordo, insomma, non è l'essenza, la caratteristica del *contrahere*, anzi è totalmente indifferente al *contrahere*. Tale è l'uso latino, e tale è l'uso nostro, sia nel diritto, sia fuori del diritto, ove il *contrarre obbligazione* è per l'appunto frase d'uso nelle relazioni sociali per significare il rimanere obbligato *ex re*, *ex facto*, direbbero i giuristi. In latino poi, in cui l'uso è di nuovo alquanto più largo, non si ha scrupolo di adoperare le frasi *contrahere delictum*, *crimen*, *noxam*, o *culpam*, *nefas*, *piaculum*, *poenam*, *periurium*, *offensam*, *culpa contrahere*, ecc. (1), nella stessa guisa delle altre: *contrahere emptionem*, *stipulationem*, *negotium*. *Ex male contractu* (forse *contracto*) dice Trifonino, in un testo che a torto il Mommsen

---

(1) L. 1, D., 1, 3; L. 2, § 2, D., 12, 5; L. 15, D., 39, 5; L. 31, § 4 *eod.*, ecc. Cfr. Cic., *Ad Att.*, 11, 9, 1; 11, 24, 1; *Ad fam.*, 10, 18, 3; Caes., *De b. g.*, 8, 22, 2; Liv., 3, 2; 5, 52; Col., *De r. r.*, 6, 27; Arn., *Adv. Nat.*, 4, 31, 5; 44, 7, 7; Iustini, *Epit.*, 3, 7, 15; 24, 3, 8; 28, 1, 4.

emenda in *ex male facto* (1) e il Pernice reputa pure corrotto, *ex male contractis rebus, suis contractis* (per sua colpa), si dice nelle epistole di Cicerone (2), come rileva contro di sè lo stesso Pernice. Alla *res contracta* fa dunque riscontro la *res male contracta*, come al *negotium contractum* il *crimen contractum*. Il risultato di tutta questa disamina porterebbe a questo, che il termine *contractus* designa precisamente l'atto o in generale il fatto per cui si incorre nell'*obligatio*, sia esso il *negotium contractum*, la *res contracta*, sia il *crimen contractum*, la *culpa contracta*; i suffissi stessi (*-us* ed *-io*) esprimono questa relazione dei termini, l'atto e lo stato che ne risulta. La obbligazione, se così mi è lecito dire, sarebbe lo stato di *contractio* o contrazione risultante dal *contractus*.

Donde il restringersi del sostantivo *contractus* non solo alla teoria delle obbligazioni — il che sino ad un certo segno potrebbe spiegarsi con la posizione eminente che il concetto assume in questa materia, e intendersi come un uso enfatico e speciale — ma precisamente ad una sola fonte delle obbligazioni, in antitesi al delitto, e più tardi in antitesi a quegli svariati ed inclassificabili rapporti obbiettivi, che i moderni usano designare col termine legge e il giureconsulto romano riassume nelle *variae causarum figurae?* Non si genera forse un vincolo, qualunque sia la fonte delle obbligazioni? Non dovremmo avere un *contractus* dovunque si ha un *contrahere?*

3. Ora se noi, lasciando il *contrahere*, consideriamo in particolare la parola *contractus*, più cose appaiono degne di nota. Anzitutto la parola è schiettamente negli usi dei giureconsulti.

---

(1) L. 52, D., 42, 1: cfr. Pernice in *Ztschr.*, cit., pag. 220, n. 1, e Zanzucchi in *Riv. it. sc. giurid.*, vol. 42 (1906), pag. 8.

(2) Plancus in Cic., *Ad fam. Ep.*, 10, 18, 5; Cic., *Ad Att.*, 7, 7, 7 (*male contractis rebus*). Aggiungo: Cic., *Ad Att.*, 11, 9, 1.

Osserva il Pernice (1): « Cicerone, Livio e i due Plini non usano la parola; Varrone indica con essa il raggrinzirsi che deriva dal disseccarsi degli acini dell'uva » (2).

Ma si può andar più in là. Se negli usi extragiuridici è dato citare il testo di Varrone, negli usi giuridici la parola sembra totalmente straniera alla letteratura latina da Plauto agli *scriptores historiae Augustae* e ai poeti della decadenza (3). Gellio parla di un *contractus sponsionum stipulationumque*; ma la frase è riferita a un giureconsulto, e precisamente all'antico giureconsulto Servio Sulpicio (4). Un'altra volta lo stesso Gellio mette in bocca al giureconsulto Sesto Cecilio (certamente il celebre discepolo di Giuliano) la circonlocuzione *in negotiorum contractibus* (5). In un testo di Quintiliano (6) si finge, per dar l'esempio di una *partitio* nella narrazione di una causa, che parli un oratore forense, e si usa del resto *rei contractus*, non *contractus* in senso assoluto.

E, quel che più rileva, scrittori di ogni genere usano *negotium* e *negotium gerere*, dove a noi piacerebbe contratto. *Ex negotiis privatis obnoxii*, dice Sallustio (7), ove forse diremmo che i senatori di cui si parla erano legati a Crasso dai loro contratti, o dai loro debiti, anzichè genericamente da relazioni d'affari.

Ma nello stesso linguaggio dei giureconsulti la parola non sembra nè molto frequente e veramente fissata, nè chiara per sè, nè intesa in modo uniforme. Chi per poco percorra alcune pagine delle Pandette (per usi di una così strabocchevole frequenza la documentazione è inutile), una cosa può subito rilevare: dove noi useremmo la parola *contractus*,

---

(1) Pernice, loc. cit., pag. 219.

(2) Varro, *De re rust.*, 1, 68.

(3) [Oggi il confronto è agevolato dal *Thes. linguae latinae*, in cui questa parola è pubblicata].

(4) Gell., *Noct. Att.*, 4, 4.

(5) Gell., *Noct. Att.*, 20, 1.

(6) Quint., *Inst. or.*, 4, 2, 49.

(7) Sall., *Cat.*, 48.

dove traduciamo nella nostra lingua per contratto, nove volte su dieci (senz'alcuna esagerazione) nelle fonti questa voce non torna: si usa invece o *res contracta* o *contrahenda*, o *negotium actum*, *negotium contractum* o *contrahendum*, ma sovrattutto *res gesta* o *negotium gestum*. La nostra formula «nei contratti» ha nelle fonti genuine per corrispondente «*in negotiis*» o «*in rebus contrahendis*» non già «*in contractibus*». Anche quando torna la parola *contractus* si sente in genere il bisogno di aggiungervi una determinazione, un'apposizione (*contractus rei*, *contractus negotii* o *negotiorum*), e persino dichiararla come fanno Labeone e Aristone, richiamando il greco *συνάλλαγμα* (1). Fa impressione il notare come molti usi assoluti, il maggior numero forse, del sostantivo *contractus*, sono in testi gravemente sospetti di interpolazione (2). La parola pare non fosse nell'Editto, e anche la rubrica, che un tempo si riteneva concepita da *bonae fidei contractibus*, ora per buoni argomenti si è sostituita con l'altra *de bonae fidei iudiciis*.

Vi ha testi molto espliciti che per le loro oscillazioni e dubbiezze dànno agli interpreti notevole travaglio. Non lieve è l'imbarazzo suscitato dalla qualifica di *contractus* data da Paolo alla *negotiorum gestio* (3), alla quale corrisponde a capello la dichiarazione di Ulpiano che l'azione relativa *ex negotio gesto oritur* (4). In due testi (5) la parola *contractus* è messa in relazione singolare di corrispondenza e di parallelismo con la parola *obligatio*. Labeone distingueva nel commento all'Editto il *contractum* (non il *contractus!*), l'*actum* e il *gestum*, dichiarando il primo con le parole «ultro citroque obligationem quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant» (6), e ne dà

(1) L. 19, D., 50, 16; L. 7, § 2, D., 2, 14.

(2) L. 7, § 1, D., 2, 14; L. 9 pr., D., 12, 1; L. 1, § 6; L. 31, D., 16, 3; L. 32; L. 34 pr.; L. 59, § 1, D., 17, 1; L. 31, D., 44, 7; L. 23, D., 50, 17; ecc.

(3) L. 15, D., 3, 5.

(4) L. 3, § 7 *eod.*

(5) L. 1, § 3, D., 2, 14; L. 20, D., 5, 1.

(6) L. 19, D., 50, 16.

per esempi la compra-vendita, la locazione-conduzione, la società.

I contratti formali sono espressamente esclusi: essi rientrano nell'*actum*, anzichè nel *contractum*, e così pure sembra, il mutuo, il quale anche in un altro testo appare escluso dai *contractus* (1).

Non potremmo dire invece che egli intendesse escludere dal novero anche gli altri contratti materiali, che sono tutti sinallagmatici, perfetti o imperfetti, che i Romani mal distinguono dai primi (2); d'altra parte, la questione concernerebbe solo il mandato, perchè il pegno, il commodato, il deposito al tempo di Labeone erano solo garantiti mediante *actiones in factum* dal Pretore.

Viceversa da un testo di Paolo parrebbe desumersi che la nozione propria del *contractus* si restringa alla *crediti causa* e l'applicazione agli altri negozi sia un uso estensivo (3). Ulpiano dichiara (e la dichiarazione ci sembra genuina) che si ha un'*actio ex contractu* « quotiens quis *sui lucri causa* cum aliquo contrahit » (4), insistendo, come si vede, sull'elemento lucrativo; il che pure dà imbarazzo ai moderni, che hanno l'occhio alle odierne categorie dei contratti a titolo oneroso e a titolo lucrativo; ma probabimente si spiega per la preoccupazione di separare il *contractus* dalla donazione.

Perchè questa è la preoccupazione dei giureconsulti: escludere i rapporti di pura beneficenza. Caratteristica è la L. 14, D., 43, 26, di Paolo: « Interdictum de precariis (per riottenere la cosa data a precario) merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationem et beneficii causam quam ad *negotii con-*

---

(1) Notisi invece che Gellio (o forse Servio Sulpicio) applica la parola alle *sponsiones et stipulationes*.

(2) L. 17, § 3, D., 13, 6.

(3) L. 20, D., 5, 1. Cfr., pei frammenti che vi si ricollegano e la relazione del testo: Lenel, *Paling*. Paul., col. 711-713.

(4) L. 25, D., 44, 7.

tracti spectat precarii condicio» (1). È del resto il concetto volgare odierno: e teniamo presente (giova ripeterlo) che il concetto volgare ha in questa ricostruzione del diritto classico romano maggiore importanza, in quanto è più genuinamente italico, del concetto giuridico, che ha subìto tante straniere e dottrinali influenze.

4. Ma quest'analisi terminologica, nelle stesse oscillazioni che il linguaggio romano rivela, ci pone dinanzi il momento costante che ha generato la restrizione della parola *contractus* rispetto al senso generico del *contrahere* parallelo alla *obligatio*; ci schiude, vale a dire, la genesi del *contractus*. La forma verbale *contractum*, come usa ancora Labeone, e il sostantivo *contractus* non rappresentano se non l'ellissi di *negotium contractum* o *contractus negotii*.

Nel genuino e largo senso della parola ogni obbligazione ha a sua base un *contrahere*, sia esso un *negotium* o un *delictum* o *crimen contractum*; ma per il *negotium contractum* è diventato termine specifico il *contractum* astratto o il *contractus* sostantivato. Questa specificazione non ha nulla in sè di strano nell'evoluzione del linguaggio, e nel caso si può stabilire il motivo per cui essa è intervenuta e per cui si è mantenuta. Il *delictum* è puramente e semplicemente fonte di obbligazione, non ha bisogno di essere designato come tale; il *negotium* non è necessariamente tale, perchè è negozio anche un atto rivolto immediatamente alla trasmissione dei diritti sulle cose, o allo scioglimento di una obbligazione; anche chi fa una mancipazione, o un pagamento, o una permuta reale compie un negozio. Così è, ad esempio, nell'Editto *de negotiis gestis*, così è nella facoltà di *administrare* o *gerere negotia*, accordata al *procurator* o al servo per le cose peculiari. Ora, poichè tra le obbliga-

(1) Cfr. anche lo stesso Paolo, in L. 17, § 3, D., 13, 6, in cui si preoccupa di mostrare come il commodato possa cionondimeno esser fonte di obbligazione.

zioni nascenti *ex negotio gesto* e quelle nascenti *ex delicto*, correvano e corrono ancora in parte nel diritto giustinianeo differenze notevoli e molteplici (perpetuità o temporaneità, passaggio agli eredi, responsabilità eventuale del *paterfamilias* o del preponente, *noxae deditio*, *beneficium competentiae*, ecc.), si presentava opportuno di fissare per la prima categoria un termine unico ed univoco alla pari del *delictum*. La dottrina, e puramente la dottrina, adibì all'uopo il *contractus*; ma nel linguaggio stesso dei giuristi, quando non ne nasca equivoco o inconveniente, cioè il più delle volte, il *negotium gerere* serbò naturalmente il suo impero.

Ma se per tal modo si spiega come siasi costituito con un senso specifico nella sfera delle obbligazioni, il *contractus* di fronte allo stesso termine verbale *contrahere*, è chiaro che il termine, isolato dalla sua determinazione, *rei* o *negotii*, rappresenta una mera antitesi negativa al delitto e non ha per sè contenuto positivo; a rigore anche il delitto dovrebbe essere un *contractus*, ed è uno dei non rari prodotti sorprendenti dell'evoluzione linguistica che sia invece divenuto l'opposto di un *contractus*.

5. Ma già nella giurisprudenza classica si svolge un'ulteriore specificazione. Si avverta bene peraltro: essa concerne rigorosamente il termine *contractus*. Quanto al *contrahere*, esso è pur sempre un termine generico, che oltrepassa il *contractus* e oltrepassa la sfera delle obbligazioni, anzi la stessa sfera del diritto: ovunque si ha un vincolo, sia spirituale, sia materiale, ivi si ha un *contrahere*; il *contractus*, invece, sino dal momento in cui si è ristretto al *negotium contractum*, ha una storia indipendente e un uso prettamente giuridico. Ancora al giorno d'oggi si contrae ben simpatia o amicizia, ma la simpatia o l'amicizia non si stabiliscono per contratto.

Questa nuova specificazione ha una spinta abbastanza naturale. Le nuove fonti del diritto, principalmente l'Editto del pretore, generano obbligazioni, le quali non sempre si

possono ricondurre ad un *negotium contractum* o a un *delictum*. Caratteristica è la categoria delle *actiones in factum* che oscillano fra il contratto e il delitto; le fasi classiche dello svolgimento dei contratti innominati rendono manifesto che, appunlo rtconoscendo un *negotium* o un *negotium gestum* o *contractum*, un *negotium proprii contractus*, un συνάλλαγμα, i giureconsulti intendono di concedere la difesa dell'*actio civilis incerti* al posto dell'*actio in factum*. Ora, questa ulteriore specificazione fu fatta sulla base dell'accordo delle parti, del *consensus* o della *conventio*.

Si può dubitare se questa determinazione del *contractus* abbia ottenuto nei giureconsulti classici riconoscimento universale ed uniforme. Certo è però che Gaio, la fonte dei nostri schemi dottrinali, è in quest'ordine di idee. Nelle sue Istituzioni, per vero, egli non pone di fronte se non contratti e delitti, in quanto egli si attiene, com'è suo costume, a vecchi modelli, e d'altra parte, in un'opera elementare, egli offre agli studiosi le due categorie organiche. Tuttavia nelle Istituzioni stesse egli ha coscienza che questa classificazione non è esauriente (1). Ma in testa al titolo *de obligationibus et actionibus* è collocato un frammento dello stesso Gaio, desunto dal suo più ampio trattato delle *res cotidianae* o degli *aurea*, ove enuncia una triplice classificazione delle fonti delle obbligazioni.

È questa in sostanza, salvo l'estinguersi del delitto, la classificazione odierna. L'insieme delle obbligazioni extracontrattuali si suol riassumere dalla dottrina odierna nella categoria comoda, ma scientificamente errata, della legge: con maggior esattezza ed eleganza Gaio le definisce *variae causarum figurae* (2). Sono figure, infatti, che non si riassu-

---

(1) Gaio, III, 91: « sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere ».

(2) L. 1 pr., D., 44, 7. La terminologia delle obbligazioni *ex lege* è propriamente straniera alla giurisprudenza classica. Tuttavia anche i classici fanno derivare dalla legge, se non l'obbligazione, almeno

mono in un concetto organico, non hanno elementi comuni, ma consistono ciascuna *proprio quodam iure*, come dice Gaio, e non si potrebbe dir meglio.

Gaio ci offre anche il tentativo di assimilare le azioni nascenti da queste singole figure sporadiche, straniere al contratto ed al delitto, ora alle azioni *ex contractu*, ora a quelle *ex delicto* (L. 5, D., 44, 7). Ciò era essenziale, perchè dovevasi pur stabilire se si applicavano ad esse i principî delle *actiones ex contractu* o delle *actiones ex delicto*. Forse i compilatori, conforme alle loro tendenze, hanno inteso esaltare questa classificazione, riferendola più direttamente alle fonti, anzichè all'azione, nel momento in cui rispetto all'azione si rendeva meno significante il suo valore pratico (1). Certo e però che queste categorie assunsero per opera loro o per opera degli interpreti un significato che, a nostro avviso, si allontana ancor più dal concetto classico e dalla realtà delle cose, in quanto l'analogia coi contratti e coi delitti si stabilì sulla base di una presunzione o finzione di volontà e di colpa, mentre essa era sulla base del *negotium*, cioè del rapporto o del fatto obbiettivo. Così, ad esempio, la gestione di affari può esser assimilata al mandato, in quanto il *negotium* è analogo, non in quanto si presume l'accordo delle parti. Ciò corrisponde all'ossessione della volontà che invase gli interpreti e fece dimenticare il *negotium*, rendendo incomprensibile il problema della causa.

---

l'azione, il che in sostanza equivale (L. 1, D., 13, 2; L. 29 (28), D., 48, 5; ecc.), e dicono *lege obligari* (L. 52, § 5, D., 44, 7), non a ragione forse ritenuta spuria dal Perozzi (loc. cit., pag. 45; L. 28, D., 9, 2); *iure honorario* o *ex edicto praetoris obligari* (L. 52, § 6, D., 44, 7; L. 1, § 3, D., 47, 5). Nella L. 25, D., 44, 7, Ulpiano fa un gruppo a sè delle *actiones in factum*, in antitesi alle *actiones ex contractu* e a quelle *ex facto*, con la quali intende le azioni *ex delicto*.

(1) Pr. J., 3, 28. Cfr., per la composizione di questi testi, Ferrini, *Fonti delle obbligazioni*, in *Bull. dell'Ist. di diritto romano*, vol. XIII, pag. 173-184. Giustinianee sono anche le rubriche *de obligationibus quasi ex contractu* e *de obligationibus quasi ex delicto*, in testa ai titoli relativi.

6. Diamo ora uno sguardo alle opinioni.

Il Pernice nel suo elaborato studio sul contratto non enuncia alcuna idea in proposito diversa dalla dominante: nel ragionamento e nella esegesi mescola argomenti e testi relativi al *pactum* e alla *conventio*, al *contractus* e al *contrahere*.

Il Ferrini ritiene che il significato originario di contratto fosse quello di fatto giuridico, e in seguito sia venuto a restringersi alle convenzioni obbligatorie. Riferiamo le sue parole nella forma più ampia: « L'antica scienza del diritto aveva delineato due precise cause delle obbligazioni: il contratto e il delitto, e questo insegnamento è ancora conservato nelle Istituzioni di Gaio. Se noi pensiamo che per *contractus* l'antica giurisprudenza intendeva ad un di presso quello che noi diremmo *atto giuridico*, noi capiremo il senso profondo di questa distinzione. La principale genesi delle obbligazioni si riferisce alla volontà umana, e questa o mira a scopi dal diritto riconosciuti e protetti (*contractus*) ed allora l'obbligazione tende alla loro attuazione, o mira a scopi illeciti e contrari all'ordine giuridico (*delictum*) ed allora l'obbligazione tende ad impedirne l'attuazione, a reprimere la volontà perversa, a toglierne gli effetti dannosi. Ed invero la massima parte delle obbligazioni riconosciute dal diritto antico erano comprese in queste due categorie; esulavano pochissime obbligazioni nascenti *ope iuris* senza concorso della volontà umana, sulle quali l'attenzione dei giuristi non si era sufficientemente soffermata. Ma l'insegnamento tradizionale si trovò a disagio, quando la parola *contractus* si venne restringendo nel suo significato tecnico alle convenzioni obbligatorie e noi vediamo chiarissime le tracce di queste sopraggiunte difficoltà nelle Istituzioni di Gaio. In conformità dei suoi antichi modelli, Gaio pone ancora fra i contratti reali il pagamento dell'indebito e solo sul finire dell'esposizione si arresta ed avverte che in realtà la *solutio indebiti* non risponde al concetto di *contractus* quale si era venuto fissando. Nelle sue *res cotidianae* Gaio cerca di correggere la classificazione tradizionale e al contratto (ormai

da intendersi *stricto sensu*) e al delitto aggiunge (con poca profondità) le *variae causarum figurae*. Nell'esposizione delle quali egli non seppe guardarsi dal rilevare vere o supposte somiglianze con obbligazioni contrattuali o delittuose, dando così occasione alla storta dottrina dei quasi contratti e dei quasi delitti » (1).

Secondo il Perozzi il contratto significa semplicemente *affare*. Partendo dall'osservazione che la giurisprudenza romana riconduceva concorde le obbligazioni a due sole fonti, il contratto e il delitto, egli ne induce che la bipartizione era sufficiente ad abbracciare tutte le obbligazioni. « Ma perchè fosse sufficiente occorreva che per i Romani contratto significasse soltanto « affare », abbia l'affare o no a base un accordo. Allora solo infatti restano comprese nelle obbligazioni da contratto così quelle da stipulazione che da legato, così quelle da mandato che da *negotiorum gestio* e in genere tutte le obbligazioni non da delitto. Oltre che ottener così la sufficienza della bipartizione, arriviamo a penetrare il suo vero senso. I Romani notarono che un privato (originariamente una gente) può obbligarsi verso di un altro o perchè fa un affare con lui, o perchè lo lede; ciò torna a dire o entrando in una relazione di pace, o entrando in una relazione di guerra con lui ». *Contractus*, dichiara il Perozzi, coincide con *negotium* e *contrahere* con *negotium gerere*. Per la sua tesi il Perozzi si giova, naturalmente, di tutti i casi in cui si dice *contrahere videtur*, o anche semplicemente *contractus* nelle obbligazioni non propriamente contrattuali, come la *negotiorum gestio*, e dello scambio frequente tra il *negotium gerere* e il *contrahere*. Nella L. 7 pr., D., 4, 4, Ulpiano dice per vero: *Ait praetor: gestum esse dicetur. Gestum sic accipimus qualiter qualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit.* Ma, dichiara il Perozzi, questo testo è corrotto: nella sua dizione attuale il *qualiter qualiter* è sospeso in aria; invece dell'inciso *sive contractus, ecc.*, il

(1) Ferrini in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VII (1894), pag. 92, 93.

testo doveva dire semplicemente *qualiter qualiter contractum sit*. Il minore ha soccorso contro il ripudio di un legato, di un'eredità, contro il danno subìto per aver ricevuto un pagamento: cioè vuol dire che tutti questi atti erano *contractus*. Solo i compilatori hanno un'idea più limitata di contratto (1).

7. Noi crediamo che in base alle cose dette si possa valutare quanto di vero e quanto di equivoco vi ha in queste concezioni.

La nozione del Pernice offre un concetto tardo e non romano del *contractus*.

Quanto al Ferrini, non è esatto il suo concetto fondamentale di riferire la principale genesi delle obbligazioni alla volontà umana, nè il *contrahere* è sinonimo di *convenire*: ridurre poi l'antico significato del *contractus* a quello di « atto giuridico » rappresenta, più che altro, l'intimo sentimento che la nostra concezione del contratto non corrisponde all'antica. Non apporrei nemmeno a difetto di profondità di Gaio l'aver creato la categoria delle *variae causarum figurae*: i rapporti di fatto non si raggruppano, perchè non hanno, come i negozi giuridici, requisiti comuni, e quanto alla legge è termine comodo, ma scientificamente meno esatto.

La reazione più violenta contro la concezione dominante è rappresentata dal Perozzi, il quale, peraltro, se rileva i

---

(1) Omettiamo la critica più radicale del Perozzi alle *variae causarum figurae* (L. 1, D., 44, 7) e alle *actiones quasi ex contractu, quasi ex delicto* (L. 5, D. *eod.*), che egli ritiene interamente fattura dei compilatori. In base alle cose dette io riterrei di no. Le *variae causarum figurae* e il *proprio quodam iure* sono espressioni corrette, e l'assimilazione alle *actiones ex contractu* ed *ex delicto* è fatta o, con le debite cautele critiche, si può intendere fatta nell'àmbito dei principî classici e del linguaggio classico [Cfr. ora, in questo senso generale: Betti, *Sul significato* di *« contrahere » in Gaio*, in *Bull.* cit., vol. XXV, 1912, pag. 65 e segg., e *Sul valore dommatico, ecc.*, in *Bull.* cit., vol. XXVIII, 1915, pag. 5 e 22, n. 1; Arangio Ruiz, *Le genti e la città*, Messina 1914, pag. 43 e seguenti].

lati negativi della teoria comune, nella formulazione della sua teoria positiva non è felice, benchè in base alle cose dette e alla genesi sviluppata della parola egli sia più nel vero di quel che altrimenti a prima vista appaia. Certo il dire che *contractus* è sinonimo di affare significa porsi in contraddizione con la pretta etimologia, forse più stridente di quella in cui versa l'opinione dominante quando fa di *contrahere* un sinonimo di *convenire*.

Nozze e sponsali, più ancora amicizia e simpatia, non sono affari, non si possono designare col termine di *negotia*. Viceversa non accade mai che un giureconsulto romano chiami *contractus* la mancipazione, la tradizione, l'alienazione in genere della proprietà, la costituzione dell'usufrutto, il pagamento, l'accettilazione e simili che pur sono affari. Cade poi nell'eccesso il Perozzi quando nella foga del suo ragionamento è indotto a dichiarare un *contractus* il ripudio di un legato o il ripudio di un'eredità.

L'unico pensiero che riassuma precisamente le applicazioni del *contractus* nei varî campi, ed escluda egualmente i casi in cui il *contractus* e il *contrahere* sono termini assolutamente sfuggiti dai giureconsulti romani, è quello che ebbi altra volta ad esprimere: il *contrahere* allude al vincolo, non alla volontà, ed è termine a suo posto ovunque si tratti di stabilire un vincolo. È un *vinculum iuris* il matrimonio, come è *vinculum iuris* l'obbligazione, ma non è un *vinculum* l'alienazione. Il *contrahere* non si confonde col *gerere* (e non solo ciò è detto nella L. 7 pr., D., 4, 4, ma anche nella L. 19, D., 50, 16), ma può esser ricompreso nel concetto largo del *gerere*, e ciò spiega come si possa usare anche *gerere* per *contrahere*. Ma viceversa non si adopera mai *contrahere* per *gerere* là dove il *gestum* non implica la costituzione di un vincolo.

8. Nondimeno la tesi ora formulata dal Perozzi e la tesi già formulata da me si riscontrano in un punto, che è il punto essenziale, e quello al cui svolgimento è destinato il

presente scritto. L'affare, il *negotium* — io diceva, e ribadisce ora il Perozzi — è l'elemento essenziale, il punto di partenza del *contractus*. Ma ritenendo che il *negotium* è la base del *contractus*, giova por mente che questo è un *negotium contractum*, ch'esso fonda un *vinculum iuris* e quindi, ripetiamo, non vi ha un *contractus* nel ripudio di un'eredità e di un legato, nell'alienazione, non vi ha *contractus* se non nasce un'obbligazione.

Non i compilatori hanno un'idea più limitata del *contractus*; sono essi invece, o meglio è tutto il linguaggio dell'epoca romano-ellenica che estende il contratto alle donazioni, alle alienazioni, alla costituzione di servitù, di usufrutto, di enfiteusi: sono i compilatori, che in un testo preciso (1), includono persino il testamento nei contratti, equivoco che fa preciso riscontro ai termini della stipulazione romana adoperati talora nei papiri per suggellare i testamenti. I Romani parlavano di un *contrahere nuptias*, avendo riguardo al vincolo; la giurisprudenza posteriore intende l'accordo delle parti.

Nella giurisprudenza medioevale poi, per effetto di altre correnti storiche (diritto germanico, diritto canonico), il rispetto alla volontà e agli accordi, il carattere sacrosanto della promessa e della fede data oscuraron completamente la nozione del *negotium* e della *causa*, come i Romani chiamano pure il *negotium*. La rivoluzione intervenuta nel sistema contrattuale romano, per opera del diritto comune, è da attribuirsi, a mio avviso, più all'effetto di queste cause, per cui tutto il peso venne ad esser portato sulla volontà, che non allo svanire delle antiche forme.

---

(1) L. 9 pr., D., 45, 2.

VI.

Il contratto e la causa del contratto (*).

1. Il contratto consta di due elementi, la volontà e la causa. Chiaro è il primo elemento: esso par costituire l'essenza vera del contratto, e il significato genuino della parola. Contratto è sinonimo di consenso. Oscuro è invece il secondo elemento: esso costituisce il problema più discusso e più indecifrabile della dottrina moderna del diritto, il campo preferito delle elucubrazioni metafisiche e della psicologia giuridica. Non sono mancati autori in cui si è fatto strada il pensiero che esigere un simile requisito sia come parlare del quarto lato di un triangolo. Gli errori della dottrina si sono riflessi in errori della pratica. L'unico accordo tra gli scrittori è sul seguente punto: riferire la causa all'agente, intendere questo requisito in senso subbiettivo. Di qui la necessità di distinguere la causa dal motivo, che non ha rilevanza giuridica, salvo che non si ponga come condizione: la causa, si dice, è il motivo più prossimo, il quale è elevato a motivo giuridico, e non si vuol confondere col motivo individuale. La teoria più concreta e positiva è che la causa consista nella controprestazione ricevuta o promessa, la quale è appunto il movente ultimo per cui la parte agisce, il motivo giuridico. Ma vi hanno dei negozi in cui esula l'idea di una contro-prestazione, e sono tutti i negozi a titolo gratuito: e allora, si dice, la causa consiste nello spirito stesso di liberalità. Evidentemente una defini-

(*) Estratto dalla *Riv. di dir. comm.*, VI, 1908, pag. 115-125. Abbreviato. Gli sviluppi relativi al *contractus* sono nello studio precedente e nel successivo.

zione così poco unitaria non è una definizione; e d'altra parte come si può chiamare causa della donazione l'*animus donandi?* Si hanno forse delle donazioni senza intenzione di donare? Si è tentato di ovviare a questa difficoltà, eliminando la nozione della causa nei contratti a titolo gratuito. Ma anche nei contratti a titolo oneroso, come si può chiamare causa della vendita il prezzo? Esiste forse una vendita, se non vi ha prezzo? Nella pratica con simili dottrine è impossibile schivare gli errori per la difficoltà di stabilire una linea netta tra la causa ed il motivo, ossia, come si suol definire, tra il motivo giuridico e il motivo individuale, la causa immediata e la causa mediata. Il vero è che, riferiti alla volontà delle parti, l'uno e l'altro motivo sono individuali: il vero è che il motivo giuridico può esser non meno indiretto e remoto del motivo individuale.

2. Questa analisi del contratto e la terminologia relativa, *contratto*, *consenso*, *causa*, hanno origine romana. Ma le fonti romane, esaminate ormai con spirito spregiudicato, cioè non turbato dalle sovrapposizioni del pensiero bizantino, e scevro dalle influenze della dottrina medioevale e moderna, mi sembrano condurre a risultati diametralmente opposti, che si possono riassumere nel seguente concetto: « Contratto non è sinonimo del termine consenso, bensì dell'altro termine causa; causa o contratto sono termini interamente indipendenti e talora scissi dalla volontà ».

3. Contratto nell'uso giuridico odierno suole esser la designazione comune del negozio giuridico bilaterale, vale a dire del negozio giuridico nel quale intervengono due persone e si accordano due volontà. La nozione è così ampia che oltrepassa la sfera patrimoniale. Non solo si hanno contratti obbligatori e contratti costitutivi di diritti reali, ma anche contratti famigliari, come l'adozione e il matrimonio, almeno secondo il concetto odierno di questo istituto, e contratti (più spesso patti) successori. Ma la nozione oltre-

passa pure il senso della *costituzione* di diritti, sicchè anche quando la parola fosse ristretta al campo dell'obbligazione, essa viene ad abbracciare gli accordi rivolti a modificare o estinguere l'obbligazione. Questa così ampia nozione ci è offerta nell'art. 1098 del codice civile: «Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire regolare o sciogliere tra loro un vincolo giuridico ». Nonostante che questo articolo sia collocato nel titolo delle obbligazioni, nonostante la parola « vincolo » che sembra riflettere il carattere dell'obbligazione (notiamo peraltro che anche il matrimonio è un vincolo giuridico), esso abbraccia nella sua larga dizione accordi relativi a qualunque sfera di diritti, e nel campo delle obbligazioni anche gli accordi per cui l'obbligazione si modifica e si estingue. In quest'uso ampio contratto è sinonimo di convenzione: il tentativo di cattedra e di scuola per restringer la parola ai contratti obbligatori, e adibire nell'uso generico il termine convenzione sono tentativi artificiali che non hanno trovato eco nell'uso pratico dei giuristi (1). Che il linguaggio giuridico romano assegni al contratto una sfera più limitata, si avverte, ma non con troppa esattezza (non è vero ad esempio, che il *contrahere* si riferisse esclusivamente alle obbligazioni) e sovrattutto non si avverte la ragione ed il senso di quella limitazione (2). Ora un esame del linguaggio del diritto integrato con quello della vita ci permette di giungere in proposito a conclusioni semplici ed evidenti. I termini significanti l'accordo sono pei Ro-

---

(1) Il nostro Codice dice bensì (Cod. civ., art. 710) che la proprietà e gli altri diritti sulle cose si acquistano e si trasmettono « per effetto di convenzioni », ma non può esser dubbio, anche per l'ordine delle materie, il quale ripete l'ordine dei modi di acquisto ivi mentovati (occupazione, successione, donazione, convenzioni), che con le ultime il legislatore intende alludere precisamente al contratto definito all'articolo 1098.

(2) Il più largo studio in questo indirizzo è nel diritto romano: Pernice, *Zur Vertragslehre der röm. Iuristen*, nella *Zeitschr. der Sav. Stift.*, vol. IX (1888), pag. 125-260.

mani *consensus*, *conventio*, *pactio* o *pactum* (1), e ovunque v'è accordo tra le parti, ivi sono al loro posto e tornano queste parole. Ma le parole *contrahere*, *contractus*, *non compaiono mai negli scrittori classici in usi così generali.*

Nella lingua latina, come nella lingua volgare italiana (non tecnico-giuridica), sia nel suo significato materiale, sia negli usi traslati e spirituali, le parole *contrarre*, *contratto* non alludono punto alla volontà, bensì allo stringere un vincolo, una relazione in generale, sia pur senza alcun intervento della volontà (2).

---

(1) Per la parola *pactum* o *pactio* il valore generale dell'accordo è stato negato dal Manenti nel suo acutissimo studio *Sulla teoria generale dei « pacta »*, Siena 1891. *Pactum* significherebbe un accordo speciale. destinato esclusivamente ad eliminare l'azione, cioè a favore del convenuto. Il ravvicinamento *pactum-pax* e il patto processuale sembrano favorire questa interpretazione. Ma *pactum* e *pax* sono termini paralleli, il cui momento comune è l'accordo: che nella *pax* l'accordo sia diretto a finire una guerra deriva dall'uso particolare di questa parola, come dall'uso particolare deriva l'accordo musicale del *pangere*. La radice comune è l'idea della congiunzione, che si conserva più schietta nel greco πήγνυμι ed è ancor viva nella nostra parola *compatto*. Che sia congiunzione di elementi avversi, non è necessario. Quanto al *pacisci* dell'antico processo era veramente atto non formale? *Pactum* designa il contenuto, l'accordo. Anche le *pactiones et stipulationes* non hanno per me altro senso se non quello di patti suggellati dalla formula della stipulazione (cfr., ad es., L. 23, D., 23, 4; L. 45, D., 24, 3). La conferma testuale della sua tesi, ricercata di recente dal Manenti, nel *Fragm. Vat.*, 266 *a* (cfr. *Bull. de l'Ist. di dir. rom.*, XVIII, 1907, pag. 223), sarebbe strana sì per l'epoca tarda della costituzione, sì per l'unicità della testimonianza; ma essa deriva da un'esegesi non felice (cfr. Segrè, in *Riv. ital. per le sc. giur.*, 1907, vol. XLIII, pag. 351) [V. lo studio seguente *Sui « contractus » e sui « pacta »*].

(2) Contro l'opinione dominante che si figura la convenzione una categoria generale, nella quale è ricompreso il contratto, osserviamo che in molti di questi casi, e negli stessi rapporti famigliari, come l'affinità o come il matrimonio stesso in diritto romano, sarebbe assurdo il parlare di convenzione, e le fonti in effetto non ne parlano, mentre il termine « contrarre » si può considerare come tecnico così nella lingua latina, come nell'italiana. *Contractus* e *conventio* sono, per dir così, circoli intersecantisi, non già il primo inscritto e chiuso nel secondo.

Ed anche negli usi giuridici il latino *contrahere* e l'italiano *contrarre* si possono riferire a qualunque rapporto duraturo, sponsali, matrimonio, obbligazioni, e nel campo delle obbligazioni a qualunque rapporto obbligatorio. Soltanto la parola *contractus*, d'uso esclusivamente giuridico, acquistò un senso particolare in quanto la forma verbale *contractum*, come ancora usa Labeone, e il sostantivo *contractus* sottintendono e assorbono il *negotium*, significano *negotium contractum* o *contractus negotii* (1) che sono in antico le forme più comuni.

Contractus e *delictum* vennero così a designare le due fonti delle obbligazioni. Solo in progresso di tempo (si può discutere se per opera della giurisprudenza classica o delle scuole elleno-orientali) il *contractus* subì una ulteriore specificazione, in quanto si aggiunse ad esso una propria caratteristica: il *consensus*, la *conventio* (2).

4. Ma una cosa emerge spontaneamente da questi dati. Il contratto consta ormai effettivamente di due momenti: il *negotium* e la *conventio*. Non è soltanto l'analisi giuridica, ma la storia stessa che li decompone. L'elemento nel diritto romano precedente e preminente sull'altro è il *negotium*: è desso che dà il nome all'istituto, nome che non è se non l'ellissi di (*negotium*) *contractum* o *contractus* (*negotii*).

Ma precisamente *causa* non è se non l'equivalente di *negotium contractum* o *contractus negotii*. Nel riconoscimento progressivo dei cosidetti contratti innominati, *causa* si scambia liberamente con *contractus* o *negotium contractum*, talora nello stesso testo, come nei seguenti esempi:

L. 7, § 2, D., 2, 14: « Sed et si in alium contractum res non transeat, *subsit tamen causa*, eleganter Aristo Celso

---

(1) Una evoluzione analoga ha dato origine alla nostra parola « Stato » dal medioevale *status civitatis* o *reipublicae;* e anche qui la voce propriamente significativa è quella caduta.

(2) [V. lo studio precedente e il successivo in questa Collezione].

respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: *hoc συνάλλαγμα esse* et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas; manumisisti: evictus est Stichus. Julianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: *esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio ».

L. 15, D., 19, 5: « Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. quare qui accepit, quia *ob causam accepit, nec improbam causam*, non timet condictionem. quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, *sed habet in se negotium aliquod:* ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis ».

Prescindendo dalle alterazioni, ch'io non credo profonde, di questi testi, il motivo, col quale si ragiona per la sanzione giuridica delle nuove figure contrattuali, cioè pel riconoscimento dell'*actio civilis incerti* (l'*actio praescriptis verbis* del diritto giustinianeo), è sempre questo: vi ha una *causa*, vi ha un *negotium*, vi ha un *negotium gestum*, vi ha un *negotium proprii contractus*, vi ha un *contractus* o un *συνάλλαγμα* nel senso concreto di rapporto di scambio.

Ma la stessa legge, su cui si fonda l'impossibile e ormai tramontata teoria della *causa civilis*, duplicata nei secoli scorsi (e anche al giorno d'oggi e da scrittori seri, per la forza invincibile della tradizione!) sulla *causa obligandi*, mostra questa equivalenza. È la L. 49, § 2, D., 15, 1: « Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex *causa civili* computandum est: ideoque si dominus in

rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque *mutuum* acceperit neque *ulla causa* praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem ».

Che cosa significa *causa civilis?* Lo dice il testo stesso: è il mutuo o un altro negozio, per cui, secondo il diritto civile, il servo, se fosse stato libero, sarebbe divenuto creditore: un *contractus*, insomma, un *negotium contractum*. L'epiteto *civilis*, di tanto male cagione, è aggiunto ivi a *causa*, perchè nella specie si vuol dire che, sebbene l'obbligazione del servo sia un'obbligazione naturale, la sua base deve esser pur sempre uno dei negozi, per cui il diritto civile concede azione.

La causa adunque, che è un antecedente storico rispetto alla volontà, non dipende punto dalla volontà. La parola *causa*, radice della nostra *cosa*, equivale a un dipresso alla nostra parola rapporto. Non è il motivo per cui la parte agisce, ma il motivo, se si vuole, per cui la legge riconosce la sanzione giuridica, cioè l'essenza obbiettiva della relazione tra le parti, il negozio. In un'infinità di usi, *iusta causa traditionis*, *iusta causa usucapionis*, la *iusta causa* nella Publiciana, la *iusta causa* in base a cui si concede la *restitutio in integrum*, ecc. appare questa relazione della causa col diritto obbiettivo. *Causae obligationum* sono pei Romani quelle che noi diciamo fonti delle obbligazioni, cioè i rapporti obbiettivi, in base a cui l'obbligazione si riconosce. Le *variae causarum figurae* di Gaio vennero a torto appuntate, non avvertendo il pensiero e il linguaggio classico. Ma dato ciò, la parola *causa*, come la nostra *rapporto*, ci offre per se stessa un termine generico e un po' vago, in cui rientra anche il *negotium*, e quindi esprime il *negotium*, quando il rapporto consiste in una relazione di affari costituita, volontariamente o meno, tra le parti. In qualunque uso, o nel largo senso, in cui essa designa quello che io chiamo fatto giuridico puro e semplice, in quanto è indipendente dalla volontà delle parti (1), o nel senso più

(1) Cfr. le mie *Istituz. di dir. rom.*, alla teoria dei fatti giuridici (§ 23).

ristretto, in cui designa pur sempre l'elemento di fatto del cosiddetto negozio giuridico, scisso dalla volontà che in esso interviene, la causa è intesa dai Romani e vuole esser intesa logicamente non in senso subbiettivo in relazione all'agente, al suo interno volere, ma in senso obbiettivo, riferita al diritto, al legislatore. *Si qua iusta causa mihi videbitur:* è il pretore che parla.

5. Anche sullo spirare del diritto classico il sistema contrattuale romano è essenzialmente basato sulla *causa*, sul *negotium*. È questo il fondamento della classificazione dottrinale, è questo il tema della prova del creditore. Si può fingere la volontà, come alcune volte avviene nell'*actio de certa credita pecunia* pel mutuo, ma non si presume la causa, come il nostro Codice stabilisce. Ma se il diritto delle Pandette, nonostante gli ampliamenti e le interpolazioni, ci rappresenta ancora questo stato di cose, già nel diritto del Codice giustinianeo la volontà, il consenso si sollevano al disopra della causa e l'oscurano. La donazione, dai giureconsulti classici precisamente opposta al *negotium contractum* (1), si annovera nelle costituzioni imperiali metodicamente tra i *contractus*, il che dal punto di vista dei concetti romani è una immane confusione, che rispecchia d'altra parte un profondo rivolgimento. I contratti obbligatorî sono tuttora tipici e definiti: ma questo sistema è oramai illogico e non corrispondente alla realtà. Una volta riconosciuto il patto di donazione (che il Brachilogo (2), fedele interprete dei concetti giustinianei, fa rientrare nello schema dei contratti consensuali), che ragione e che giustizia vi era più nel negare il riconoscimento di qualunque accordo, cioè di respingere la generalizzazione dei contratti consensuali? La dottrina medioevale compì quest'opera. Fino a qual segno vi abbiano contribuito il diritto germanico e il diritto cano-

(1) L. 14, D., 43, 26.

(2) *Corpus legum sive Brachylogus iur. civ.*, ed. Böcking, III, 12.

nico con l'elevazione della parola e della volontà, col prevalere dell'elemento etico sull'elemento economico, non è facile stabilire, quando le stesse tendenze più recenti di quello che si suole chiamare ancora diritto romano, ed è invece diritto elleno-orientale, conducevano allo stesso fine.

Certo anche sotto altri aspetti emerge questo spirito diverso delle nuove fonti. Il diritto romano negava ogni effetto al contratto a favore o a carico di terzi, perchè *inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur* (1); i canonisti ammettono per lo meno la validità naturale sempre, e anche la validità civile, quando il contratto a favore di terzi sia rinforzato dal giuramento. Oramai nei contratti tutto è l'accordo, e il contratto stesso significa accordo.

6. Questa evoluzione è legittima: che il *negotium* sia stato ridotto in una posizione subordinata, che l'onere della prova di un negozio lecito non incomba più al creditore, è un sistema plausibile, per quanto forse non tanto ideale quanto si pensa. Ma la posizione subordinata del negozio e il dover conciliare il nostro sistema pseudo-romano coi termini romani, ha confuso il problema della causa. Essa è e rimane quello che era nel diritto romano: il negozio, il rapporto obbiettivo; essa esprime pur sempre la volontà della legge in antitesi alla volontà delle parti.

Ciò non corrisponde certo al senso odierno della parola causa, ma in tal caso non vi sarebbe che dare nome più adeguato, semplice e moderno a questo requisito: il negozio o l'affare. Malauguratamente la più filosofica delle parole ha esercitato nel pensiero giuridico la sua fatale malìa.

Postilla. — Scritti posteriori sul tema specifico della causa: Barassi, voce *Causa* nella *Enc. giurid.*, e *Istituz. di dir. civile*, 1914, § 39 *ter.*; Cognetti De Martiis, *La causa*

---

(1) L. 83 pr., D., 45, 1. È questa, a nostro avviso, la ragione vera della nullità dei contratti a favore di terzi anche tra le parti contraenti.

nel sistema dei diritti, in *Archiv. stor. per le provincie parmensi*, 1916 (sostanzialmente adesivo). Il Cognetti De Martiis appunta tuttavia per diritto moderno (op. cit., pag. 17) la mia dichiarazione che la causa possa definirsi « la *volontà della legge* in antitesi alla *volontà delle parti* ».

Io credo pur sempre quella dichiarazione egualmente esatta per diritto romano, come per diritto moderno. Certamente il diritto romano determina *positivamente* i *negotia* riconosciuti, e il diritto moderno li determina solo *negativamente*, escludendone alcuni, illeciti moralmente o giuridicamente; ma in ultima analisi, implicita o esplicita, è sempre la volontà della legge che impera.

VII.

Sui " contractus „ e sui " pacta „ (*).

1. In varî scritti (1) io sostenni la tesi dell'indifferenza del *consensus* alla nozione genuina, classica del *contractus*.

Richiamo brevemente la mia tesi. *Contrahere* significa in generale stringere un vincolo e, nel territorio del diritto, entrare in un rapporto di carattere duraturo con altre persone. *Contractus* ha un senso più limitato e un uso più strettamente giuridico, in quanto significa stringere un vincolo di carattere economico, cioè sulla base di un *negotium*. Invero *contractus* o *contractum* non è che un'ellissi di *contractus negotii* o *negotium contractum*, che erano le locuzioni più complete e in antico più usate. È un fenomeno di semantica analogo a quello che si è verificato nelle parole egualmente fondamentali Stato (da *status reipublicae*) e generale (da *capitan generale*): il senso del membro scomparso si è trasfuso nel sopravvissuto. Il *contractus* è un *negotium* riconosciuto come fonte di *obligatio*: l'esistenza di un *negotium* come tale riconosciuto, di una *causa*, è requisito essenziale, il *consensus* o la *conventio* nel diritto classico non si esige per lo meno in ogni *contractus*. Il vocabolo spunta abbastanza tardi nell'uso dottrinale e rappresenta una categoria del diritto civile (la parola, io notava, non pare fosse nell'Editto), non altrimenti che i concetti pur fondamentali

---

(*) Dalla *Riv. di dir. comm.*, XVIII, I, 1920, pag. 1 e seguenti.

(1) Cfr. specialmente gli ultimi studî dedicati espressamente al tema in *Rend. dell'Ist. Lomb.*, XL, 1907, pag. 888-902, e *Riv. di diritto comm.*, vol. VI, 1908, I, pag. 115. [Sono i due studî che precedono in questa collezione].

dominium, *hereditas*, *delictum*, e forse *obligatio* (così ora per quest'ultima parola Perozzi e Arangio Ruiz). I termini esprimenti l'accordo, sia nell'etimologia, sia negli usi, sia nel senso astratto, sia nel senso concreto di negozio conchiuso mediante accordo, sono nel linguaggio romano non già *contrahere* o *contractus*, ma *conventio*, *pactio*, *pactum*.

Nel suo nucleo fondamentale e negativo il mio concetto coincideva con quello del Perozzi, il cui scritto apparve prima degli ultimi miei scritti speciali (1).

2. La discussione sul contratto, che per lungo tempo era parso un concetto così chiaro e pacifico attraverso i secoli, proseguì con ardore dopo gli scritti miei e del Perozzi. Il Betti in due studi (il secondo di notevole mole), e il mio discepolo De Francisci in un ampio studio sui contratti innominati seguono in sostanza le direttive che abbiamo fissate (2). I dissensi e gli sviluppi ulteriori sono relativi alla esegesi di alcuni testi e alle fasi dello svolgimento classico.

L'Arangio Ruiz intese a ribadire due punti, l'uno svolto dal Perozzi, l'altro accennato da me, che l'*obligatio* e il *contractus* sono categorie del diritto civile estranee al *ius honorarium* (3). Anche il mio indimenticabile Giovanni Rotondi ha lasciato tra le sue schede come preparazione ad uno studio speciale, uno spoglio completo del *contrahere* e del *contractus* nelle fonti giuridiche.

---

(1) Perozzi, *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903, pag. 31-45.

(2) Betti, *Sul significato di « contrahere » in Gaio*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XXV, 1913, pag. 65-88, e *Sul valore dommatico della categoria « contrahere », ecc.*, vol. XXVIII, 1916, pag. 3-96: il valente studioso tenta stabilire alcune diverse correnti di pensiero nelle due scuole dei giureconsulti romani con acume di esegesi, ma con sottigliezza forse eccessiva. De Francisci, Συνάλλαγμα, vol. I-II, Pavia 1913-1916: ved. specialmente la ricca analisi dei testi e dell'uso di *contrahere* o *contractus* nelle varie epoche, cui è dedicata la parte II del vol. II.

(3) Arangio Ruiz, *Le genti e la città*, Messina 1914, pag. 37 e seguenti.

Invece una confutazione larga della mia teoria e di quella del Perozzi è stata fatta dal Riccobono (1). Egli torna a sostenere con grande vigore l'opinione dominante che contratto, anche nel pensiero dei giureconsulti romani, sia un sinonimo di convenzione.

« *Contractus* nel linguaggio dei giureconsulti dell'impero aveva lo stesso preciso valore dei termini *conventum*, *conventio*, *pactio* e perciò esprimeva sempre l'accordo delle parti » (2). È il pensiero con cui lavora il Pernice nello studio che il Riccobono difende ed esalta (3).

La base della sua confutazione è costituita dalla critica del *Corpus iuris*. Il Riccobono si fa forte delle nostre dichiarazioni che « la parola *contractus*, nello stesso linguaggio dei giureconsulti non sembra nè molto frequente e veramente fissata, nè chiara per sè, nè intesa in modo uniforme », e « che il maggior numero dei passi che contengono il sostantivo *contractus* sono gravemente sospetti di interpolazione ». Ciò posto, egli ritiene che il valore genuino della parola *contractus* nel senso di convenzione sia stato rabbuiato dalle interpolazioni eseguite dai compilatori i quali hanno essi ampliato irregolarmente la categoria dei *contractus*, includendovi cause varie « non congiunte ad accordo delle parti ».

Dall'altra parte negli ultimi anni il Manenti è tornato a ribadire la sua vecchia geniale tesi sul *pactum* (4). Ricordiamola ne' suoi termini essenziali: il *pactum* non significa accordo in generale, non denota qualunque convenzione, bensì unicamente quelle convenzioni dirette ad eliminare

---

(1) Riccobono, *Dal diritto classico al diritto moderno*, in *Annali del Semin. giurid. di Palermo*, vol. III-IV (1917), pag. 313 e segg., 689 e segg. Cfr. anche *La nozione del « contractus »*, in *Bull. della R. Accad. di Palermo*, 1918.

(2) Riccobono, op. cit., pag. 291.

(3) Op. cit., pag. 306, 309, 312.

(4) *Pacta conventa*, in *Studi senesi*, vol. XXXI, 1915, pag. 203-256. L'antico e più ampio studio è inserito nello stesso periodico, vol. VII-VIII, 1890-1891.

totalmente o parzialmente l'azione, tipo il *pactum de non petendo*. L'*exceptio* non è pertanto un *minimum* di efficacia accordato per equità al patto, ma la sua efficacia naturale. Ciò posto il *pactum* non è sinonimo di contratto (s'intende nel senso tradizionale della parola) o la categoria logica generale in cui rientra il contratto, che sarebbe un patto riconosciuto dal diritto, ma è in un rapporto di antitesi, di lotta col contratto: il terreno comune, per così dire, è l'accordo; ma il patto si riferisce solo alle figure di accordo aventi un carattere negativo, non positivo.

3. La confutazione del Riccobono mi ha fatto meditare, ma non ha scosso le mie convinzioni; piuttosto anzi le ha corroborate, sia per ragioni psicologiche (il veder dibattersi negli equivoci una mente elevata è di per sè un grande insegnamento), sia per ragioni logiche, desunte dall'esegesi stessa del Riccobono. Dirò di più: questa confutazione ha ottenuto l'effetto di riavvicinarmi maggiormente, dal punto di vista storico, al Perozzi (1). Io ritengo ora come probabile che l'assunzione della *conventio* ad elemento essenziale del contratto, la nozione moderna del contratto non siasi affacciata mai nella giurisprudenza romana. Essa è una costruzione di quelle scuole orientali, alle quali il Riccobono nega in proposito ogni influenza (2).

Una volta rotto l'incanto, mi sembra che l'uso del *contractus* (o del *contrahere* in relazione al *negotium contractum*) senza riguardo alla volontà come elemento essenziale o per lo meno alla volontà di entrambe le parti dirette ad obbligarsi, debba riconoscersi più che frequente, normale nelle nostre fonti. Era *contractus* per i giureconsulti classici il pagamento dell'indebito, e se Gaio avanza qualche dubbio,

---

(1) Dal punto di vista dommatico io divergo sempre dal Perozzi, in quanto egli non dà rilievo al vincolo e non distingue il *contractus* dal *contrahere*, ma in pratica questa divergenza non ha forse grande importanza.

(2) V. Riccobono, loc. cit., pag. 314 e seguenti.

fondato, notiamolo bene, sulla esistenza di una contraria intenzione delle parti, che è quella di sciogliere, non già di stringere un'obbligazione, Giuliano non ha dubbi: egli trova nel fatto stesso del pagamento dell'indebito un *negotium contractum* fondamento di obligazione con l'altra parte (1).

Che la gestione d'affari sia detta da uno dei maggiori e più tardi giureconsulti, Paolo, un *contractus* (2) non è certo più strano del considerare come delitto il danno altrui recato.

Si parla egualmente di *contrahere* nel più singolare, forse, dei quasi-contratti, l'*aditio hereditatis* (3). In un testo si nega o par che si neghi il *contrahere* per difetto di consenso nei rapporti nascenti dalla coeredità, ma precisamente l'inciso in cui ciò pare (*quoniam cum coherede non contrahimus sed incidimus in eum*) è gravemente sospetto d'interpolazione (4).

Anche in alcuni dei contratti formali ricordati da Gaio è dubbio per lo meno se si richieda il consenso di entrambe le parti: così nella *dictio dotis*, che *contrahitur uno loquente*. Nel mutuo stesso (il più antico, anzi nello stesso diritto classico, per lungo tempo almeno, l'unico dei contratti reali) la *res* ha un'assoluta prevalenza, mentre da un vero e proprio consenso talora si prescinde (5). I *contractus* in cui veramente il consenso ha rilievo, già nel diritto classico sono appunto i così detti contratti consensuali: onde non è escluso che questa sia la semplice origine dell'epiteto *consensuale*. Le oscillazioni e definizioni sorprendenti del *contractus* nei giu-

---

(1) L. 33, D., 12, 6, Egli esclude invece la *condictio* nell'arricchimento ingiustificato che si verifica quando altri abbia costruito sull'area di mia proprietà; e ciò appunto *quia nullum negotium inter nos contraheretur*, e più sotto: perchè il proprietario dell'area, che diviene *ipso iure* padrone dell'edificio, *nullum negotium contrahit*.

(2) L. 15 (16), D., 3, 5. Supporre in questo testo un'interpolazione mi pare un espediente.

(3) L. 3, § 3; L. 4, D., 42, 4. Dell'erede è detto che « non sponte cum legatariis contrahit »: L. 19, D., 50, 17. Ricordiamo che Gaio chiama l'*aditio* col termine *obligatio:* Gai., II, 35-36.

(4) L. 25, § 16, D., 10, 2.

(5) L. 32, D., 12, 1.

reconsulti classici non sembrano mai dovute all'analisi del volere: anzi la natura stessa di queste oscillazioni mostra che non è il *consensus* il fulcro del *contractus*. Solo in un testo delle Pandette noi troviamo richiesto il consenso « per tutti i contratti, *per tutte le obbligazioni* » (1): ma la stessa esagerazione enfatica e imprudente eccita sospetto sulla genuinità di questa dichiarazione che il Riccobono stesso, d'accordo in ciò col Perozzi, riconosce per lo meno in parte interpolàta.

È certo che la dottrina classica in massima non riconosce se non contratti e delitti, e già a Servio Tullio sono attribuite circa cinquanta leggi sui contratti e sui delitti (2). Ciò non significa, a mio avviso, che si debbano assolutamente ritenere interpolate le *variae causarum figurae* e l'assimilazione ai *contractus* nella forma del *quasi contrahere* giusta i due celebri testi di Gaio (L. 1 pr. e L. 5, D., 44, 7). Non era malagevole agli stessi giureconsulti classici rilevare che alcune azioni a garanzia di rapporti obbligatori civili o pretori (e poco importa ora se il nome di *obligationes* a questi ultimi fosse o non fosse esteso nel diritto classico) non nascevano nè da veri negozi, con o senza consenso, nè dà delitti, e dall'altra parte dovevano pure per gli effetti esser assimilate agli uni o agli altri; ma l'assimilazione era fatta solo in relazione agli effetti (teneri *quasi* ex contractu): nè la qualifica di contratto e di delitto s'intendeva esclusa per difetto di volontà e di colpa.

---

(1) È la celebre dichiarazione di Pedio, in L. 1, § 3, D., 2, 14: « nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem ». Cancellare soltanto l'assurda frase « nullam obligationem » è di nuovo un espediente e il testo ne risulta sgrammaticato.

(2) Dion., 4, 13, 1. Nel testo di Dionigi i contratti sono naturalmente συναλλάγματα. Io non sono alieno dal supporre che il συνάλλαγμα, dal quale pure in sostanza l'idea di consenso esula, abbia esercitato una certa influenza sulla formazione del *contractus*, e inclino a credere genuine le due allusioni ad esso in Labeone (L. 19, D. 50, 16) ed Aristone (L. 7, § 2, D., 2, 14), malgrado l'avviso contrario de' miei due ottimi discepoli, il De Francisci e l'Albertario.

4. L'esegesi del Riccobono è esatta e non potrebbe esser altrimenti; ma le sue illazioni prendono una direzione errata. Ben vagliando il significato dei testi e i motivi dell'interpolazione, egli avrebbe certamente integrato, quindi corretto il suo pensiero. È vero che Giustiniano, o per lo meno il linguaggio dell'epoca romano-ellenica, ha ampliato il concetto del *contractus*: ma la nuova epoca lo ha ampliato precisamente a tutti quei rapporti in cui scorge una *conventio*, un *consensus*, a tutti i negozi giuridici bilaterali. La *traditio* è un *contractus* e sarebbe stata *contractus* la *mancipatio*, la *in iure cessio* (che Giustiniano interpola in *contractus*), appunto perchè la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *traditio* sono negozi giuridici bilaterali. Due antitesi appaiono con tutta evidenza veramente caratteristiche. La giurisprudenza classica parla sempre delle *pactiones* per la costituzione di servitù e per la costituzione del diritto reale di pegno, anzi il *pactum* costitutivo del diritto di pegno si separa nettamente dal *contractus* di pegno, perchè l'uno si riferisce al diritto reale, l'altro al rapporto obbligatorio, nè i Romani debbono dibattersi, come usiamo noi, per distinguere penosamente le due convenzioni. Zenone invece non ha scrupolo di parlare del *contractus emphyteuseos* per significare la convenzione costitutiva del nuovo diritto reale di enfiteusi e alterna liberamente nella costituzione relativa (L. 1, C. 4, 66) i termini *contractus*, *pactum*, *conventio*. Il giureconsulto classico oppone la donazione (e, s'intende la donazione con efficacia immediata, la così detta donazione reale) al *negotium contractum*: nelle nuove fonti la donazione è sempre annoverata insieme coi *ceteri contractus*, perchè anche la immediata alienazione di una cosa implica un accordo delle parti. È chiaro che precisamente l'accordo delle parti, il *consensus*, è per la nuova epoca il motivo dell'ampliamento e quindi l'essenza del contratto (1). Pertanto

(1) V. le interpolazioni istruttive in proposito: L. 13 pr., D., 8, 3 (*in contrahenda servitute*); L. 55, D., 44, 7 (*contrahere*, riferito ai modi di

i testi in cui *contractus* è stato interpolato in luogo di *mancipatio* o di *in iure cessio*, ecc., modi di acquisto della proprietà, confermano, non contrastano in niun modo questa induzione.

Ma dall'altra parte la sfera del contratto, entro il campo delle obbligazioni, è stata limitata dai compilatori, perchè sono stati esclusi dal novero dei contratti e qualificati come quasi-contratti quei rapporti, in cui l'accordo delle parti fa difetto. Lo stesso motivo che ha indotto l'ampliamento di un lato, ha portato la restrizione dell'altro. Noi riteniamo bensì che la teoria dei quasi-contratti abbia qualche spunto classico, ma certamente essa ha avuto per lo meno il suo rilievo e il suo sviluppo nel diritto giustinianeo; e il motivo del *quasi* è diverso nella giurisprudenza classica e nella bizantina. Quanto ai testi classici in cui *contrahere* e *contractus* sono adoperati ad indicare la *negotiorum gestio*, l'*aditio hereditatis*, il pagamento di un indebito, ecc., in parte si reputano interpolati dal Riccobono, in parte non sono presi in adeguata considerazione.

Finalmente il Riccobono, come il Pernice, si vale promiscuamente di testi relativi alla *pactio* o *conventio*. « *Conventio* e *causa* sono elementi comuni a tutti i negozi del commercio e del *ius civile* e *gentium*, soltanto che nei primi sono coperti dalla forma. Questa dottrina è visibile ora, *nella trattazione del libro IV ad edictum di Ulpiano da cui derivano i frammenti* 1, 5, 7, D. *De pactis*, 2, 14 » (1). Ma questo punto meglio verrà discusso in relazione alla tesi del Manenti.

5. L'antica tesi del Manenti sul *pactum*, sulla quale egli ritorna dopo un trentennio con acute osservazioni, fu sot-

---

acquisto della proprietà). Con sottigliezza eccessiva il Betti vuol giustificare questi usi dal punto di vista classico aberranti del *contrahere* (Betti, *Sul valore dommatico, ecc.*, in *Bull.*, 1915, pag. 11, nota 4). La costituzione di una servitù o l'alienazione non possono costituire un *contrahere:* contro sua volontà il Betti viene a riscontrarsi col Perozzi.

(1) Riccobono, *La nozione del « contractus », ecc.*, pag. 413, in *Bull. della R. Accad. di Palermo*, 1918.

toposta dal Ferrini (1) a critica degna della dottrina. Tuttavia non tutti gli argomenti addotti dal grande e compianto romanista hanno egual valore. Giustamente il Ferrini insisteva che le definizioni del *pactum* ne' due celebri testi di Cicerone dànno ad esso il senso generale di accordo a qualunque scopo rivolto e che nelle XII Tavole stesse (da cui prende le mosse il Manenti a cagione del patto giudiziale) la parola *pactio* o *pacio* significava gli statuti dei collegi; e mal si libera di questi testi l'insigne autore del *pactum*. I *pacta adiecta* ostano poi gravemente alla teoria del Manenti.

A torto però il Ferrini invoca i patti muniti di azione: non che si debba ritenere col Manenti che essi siano convenzioni e non patti, perchè il vero è che essi non sono mai chiamati nè convenzioni, nè patti, e non erano in origine tali. Che se tali potrebbero dirsi nel diritto giustinianeo, specialmente le promesse di donare e di dotare riconosciute dagli imperatori bizantini, osserviamo che nel diritto giustinianeo questi pretesi patti potrebbero anche chiamarsi contratti: ed è certo il più curioso effetto della confusione suscitata nei cervelli dalla tradizione storica e dalla conservazione puramente nominale di quella disgraziatissima classificazione dei contratti reali, verbali, letterali, ecc., che le promesse di dotare e donare non siano annoverate tra i contratti consensuali. A torto egualmente il Ferrini insiste sulla genuinità della L. 6, D., 2, 14.

Che cosa dobbiamo concludere? In realtà nè la dottrina del Manenti è stata interamente debellata dal Ferrini, nè l'opinione dominante regge, in quanto identifica contratto e patto. Nel suo secondo scritto il Manenti, prendendo di mira in più pagine (250-254) di una sua lunga nota, le mie Istituzioni (§ 168), di cui riporta le parole, giudica che, malgrado le obbiezioni, io finisco con accettare la sua teoria. Ecco le sue parole: « A noi sembra proprio, se non abbiamo

(1) In *Filangieri*, vol. XVII (1892).

frainteso, che il Bonfante, senza averne, direi quasi, senza volere averne l'aria, e forse senza pure accorgersene, abbia finito con accettare nella sostanza la tesi nostra. Il giudizio di ciò al competente e sereno lettore ». Ora quanto osserva il Manenti è in una certa forma e in una certa misura esatto.

Io ritengo col Manenti che il *pactum* o *pactum conventum*, del quale il Pretore parla nell'Editto *de pactis*, che non appartiene al diritto sostanziale, bensì all'esordio del giudizio, ed è collocato tra il titolo *de edendo* e il titolo *de ius vocando*, il *pactum* commentato da Ulpiano nel libro IV *ad edictum*, non sia se non il *pactum* diretto ad eliminare totalmente o parzialmente l'azione, a dirimere le liti, o in generale il patto modificativo, non costitutivo di un rapporto giuridico. Io ritengo che la designazione di *pactum* o *pactum conventum* sia diventata in un certo senso un termine tecnico per significare questa figura, che aveva ricevuto sanzione dal Pretore, ed assunto quindi una fisonomia così tipica, un'importanza così larga, e il carattere di un istituto concreto e positivo. La clausola *pacta conventa servabo* non può riferirsi che a simili patti, e la sede processuale dell'Editto *de pactis* doveva pe' Romani eliminare ogni equivoco in proposito. Io ritengo pure che la rubrica edittale fosse concepita non già nella forma, sancita con l'autorità del Lenel, *de pactis et conventionibus* o in quella parallela *de pactis et conventis*, ma precisamente nella forma *de pactis conventis* e che *conventis* o *conventa* nella rubrica o nella clausola edittale sia un aggettivo di *pactis* o *pacta*, non già un sostantivo indipendente, come giustamente dimostra il Manenti nel suo secondo scritto (pag. 17 e segg.).

Ma non ritengo menomamente, e in questo divergo dal Manenti, che il significato, per dir così, negativo sia il significato naturale, originario, generale del *pactum* e che si debbano stimare, come stima il Manenti, applicazioni abusive ed estensioni posteriori gli usi di *pactum* o *pacisci* nel senso di accordo. Ciò genera precisamente la mia, credo, apparente contraddizione.

Quando io pongo in testa al citato paragrafo delle mie Istituzioni l'eguaglianza generale *pactum* = *conventio*, l'osservazione del Manenti: « sin qui navighiamo in pieno nel tranquillo, serenissimo mare della dottrina dominante, della *communissima opinio* » (1), è esatta, ma in senso critico non giusta.

Quando io osservo che il Pretore non riconobbe la piena efficacia del patto, non mi può il Manenti appuntare che il *servabo* significa proprio il contrario (op. cit., pag. 51), perchè io mi riferisco al patto nel senso più largo, ma per me proprio, non abusivo della parola. Ma gli stessi patti aggiunti a favor dell'attore, l'etimologia di *pactum* (2), e più che tutto gli usi comuni della parola, sia nelle fonti giuridiche fuori della rubrica specialissima *de pactis conventis*, sia nelle fonti letterarie, il che ha per più ragioni un maggior valore, contrastano alla tesi assoluta del Manenti.

L'uso costante delle parole *pacisci*, *pactiones* nelle nostre fonti mostra che esse nei più svariati campi significano gli

---

(1) *Pacta conventa*. pag. 53, nota.

(2) A proposito dell'etimologia io osservavo: « Il ravvicinamento *pactum* e *pax* seduce: ma non è questa un'etimologia perchè entrambe le voci derivano dalla radice *pac*, che è in *pacere*, *pacisci*, *pangere*, e significa accordarsi ». Il Manenti mi osserva alla sua volta che quel ravvicinamento non è fatto da lui, ma dalla mente poco erudita in fatto di filologia di Ulpiano, o comunque dai compilatori, ma per questo appunto « prova luminosamente » per la sua tesi. Ora io non attribuivo quel ravvicinamento al Manenti, ma è certo che una volta messa innanzi la sua tesi, quel ravvicinamento lusinga, mentre nel testo di Ulpiano la frase *inde etiam pacis nomen appellatum est* è innocua. Il giureconsulto nota, alla foggia dei giureconsulti romani, l'analogia di *pactum*, *pactio* e *pacisci* con una parola di cui nemmeno a quei pessimi glottologi che erano i giureconsulti romani poteva sfuggire l'affinità, e che su per giù significa accordo. Scrive ancora il Manenti (pag. 51): « Il dire, come fa il Bonfante, « eliminare totalmente o parzialmente il rapporto giuridico », non corrisponde a verità, perchè, astrazion fatta da questa elisione, totale o parziale, dell'*actio*, il rapporto continua a sussistere inalterato ». Verissimo: peraltro io non dico eliminare il rapporto giuridico, bensì eliminare l'*efficacia* di un rapporto giuridico (*Ist.*, § 168), il che è certo una traduzione moderna del pensiero antico, che si riferisce all'*actio*, ma non è una traduzione erronea.

accordi tra le parti o il contenuto di questi accordi. Nel territorio specifico delle obbligazioni le *pactiones* non sono che il contenuto della *stipulatio*, la sostanza dell'atto. Si dice numerose volte che la *stipulatio* è soggiunta, o che sussegue al *pactum*, è in altri termini il suggello formale del *pactum* per dare ad esso azione e validità giuridica. Nelle espressioni note e frequenti, *pactum et stipulatio*, *pactiones et stipulationes*, il *pactum* o la *pactio* significano il contenuto, la *stipulatio* significa la forma. Il supporre due atti distinti ha traviato la dottrina nella interpretazione di alcuni istituti romani.

Gaio ci dice che per la costituzione di servitù nei fondi provinciali si ricorre alle *pactiones et stipulationes* (Gaio, II, 31): e ora il non sentire che questo era un unico atto, il patto suggellato da *stipulatio*, induce una parte autorevole della dottrina a ritenere che trattisi di un complesso di espedienti per far sorger delle vere servitù di tipo romano sui fondi provinciali, al che mi sembra ripugnare da un lato il fatto stesso che tali fondi non sono proprietà del costituente, dall'altro che la *stipulatio* non è in nessun modo forma adeguata per la costituzione di diritti reali. Numerose volte quando si tratta di patti aggiunti alla vendita o patti dotali, è proprio una cecità il voler scorgere dei patti nudi; il giureconsulto ragiona sulla sostanza della convenzione, la quale, in quanto alla forma, è stata ben consacrata dalla solenne domanda e risposta della *stipulatio*. Nel campo dei diritti familiari, la figlia promessa in isposa è ora *pacta*, ora *sponsa* o *desponsa*, e a torto anche qui si è voluto scorgere una differenza tra l'un atto e l'altro. Finalmente non è soltanto nella L. 1, § 1, D. *de pactis* che la *pactio* è definita « duorum pluriumve in idem placitum et consensus »: anche nella L. 3 pr., D., 50, 12, il *pactum* è definito in antitesi alla *pollicitatio* « duorum consensus atque conventio ».

Gli usi letterari poi sono altamente istruttivi. Vi ha certamente, e non potrebbe esser altrimenti, testi che si accomodano anche con la tesi del Manenti. Frasi come le seguenti:

securitatem pacisci, *salutem*, *vitam*, *inducias*, *pacem*, *redemptionem*, *pacisci ut abire liceat*, *ut emittatur praesidium*, ecc., si possono ben riferire al concetto del *pactum* che dirime un dissenso o litigio preesistente.

Se non che altri usi sono più o meno, e taluni assolutamente, incompatibili: *pacisci amicitiam* (1), *societatem* (2), *foedus* (3), *pacta hospita* (4), *pactum civitatis*, *societatis humanae* (5), *pactum libidinosi amoris*, in antitesi al *coniugale placitum* (6), al che possiamo ricollegare l'espressione egualmente ardita *noctem pacisci* (7), *pacta litterarum et syllabarum* (8), ecc.

Ad pacta tibi sidera, dice Ovidio (9) ad Augusto, che non era in precedenti dissensi con gli Dei o con le stelle. Ho già notato in altri scritti (10) come lo scambio libero nello stesso testo di *pactum* e *stipulatio*, riferendosi allo stesso atto, confermi precisamente, sia il significato generico di accordo, sia l'uso d'indicare con *pactum* anche un atto redatto nella forma di stipulazione, in quanto si allude agli accordi e al contenuto (11). Seneca parla pure di *pacta conventaque* con impressi suggelli (12). Lo stesso si può ripetere per le frasi *pacisci* e *spondere*, *filiam* o *puellam*, le quali pure si scambiano liberamente, ovvero dal tono è chiaro che il *pacisci*

---

(1) D'uso comune.

(2) Liv., 32, 25; 35, 46; 42, 40; Tac., III, 60.

(3) Prop., *El.*, 4, 20, 25; Ov., *Met.*, 4, 701, 705; 14, 451; *Fast.*, 5, 702; Mela, *Chron.*, 11, 1, 12; Liv., 34, 57; 38, 37; Sil. It., 4, 504; ecc.

(4) Sil. It., 17, 79.

(5) S. Aug., *Conf.*, III, 8, 15; III, 9, 17.

(6) S. Aug., *Conf.*, 4, 1, 2.

(7) Plaut., *Asin.*, 735, 736 (III, 3, 145-146). Prop., *El.*, 5, 3, 11; Ov., *Am.*, 1, 10, 47; Ap., *Ap.*, 75, 553.

(8) S. Aug., *Conf.*, I, 18, 29.

(9) Ov., *Trist.*, 5, 2, 52.

(10) *Un contratto a favore dei terzi nell'êra classica*, in *Studi per* Brugi, pag. 169. [Ved. più innanzi, in questa collezione].

(11) Talora è il tono e il contesto che ammonisce: *pacta consignant et Deos invocant*, dice Curzio Rufo (C. Rufi, *Al.*, 7, 8, 35).

(12) Sen., *De ben.*, III, 15, 1.

è atto conchiuso in forma solenne (1); cfr. anche *genialia pacta* (2), *pactum iugale* (3).

Ho approvato sopra il pensiero del Manenti che la rubrica dell'Editto sonasse *de pactis conventis*, non già *de pactis et conventis*, e peggio ancora *de pactis et conventionibus*. Ma esagera anche qui il Manenti nel combattere come assolutamente impossibile l'espressione *pactum et conventum*, e nel voler correggere il passo di Cicerone nell'orazione *Pro Caecina*, che la contiene. In sostanza le due espressioni si equivalgono: *conventum* può ben figurare come aggettivo accanto a *pactum*, o in una forma più enfatica, abbondante, veramente ciceroniana, come un sostantivo equivalente appaiato a *conventum*. D'altra parte l'espressione ciceroniana, da cui Manenti vorrebbe a forza espungere l'*et*, non è isolata. Cito altri esempi: *ex pacto et convento* (4); *conventum tamen et pactum et sponsalia* (5); *nec pacta conventaque impressis signis custodirentur* (6); *conventum pactumque* (7).

Il Manenti affermò nel suo antico studio e ribadisce ora che la parola *pactum*, pur estesa a poco a poco a un significato sempre più generale (ma come si può parlare di estensione se si tratta di usi conformi all'etimologia, costanti in tutti gli autori, a qualunque epoca si risalga?), conserva però anche nel linguaggio volgare « qualche cosa di quel significato originario specifico » e ne adduce le espressioni *patteggiare*, *venire a patti*, *impattare*. Ora a me sembra di nuovo questo un elegante abbaglio. Anche trattative e contrattare possono avere lo stesso valore e persino lo stesso carattere alquanto ripugnante allorchè si applicano ad ar-

---

(1) Plaut., *Poen.*, 1556-1557 (III, 5, 30, 36-37); Ov., *Met.*, 4, 703, 705; Iuv., *Sat.*, 6, 25; Iustini, *Ep.* 7, 4, 7; 38, 1, 2; Poetae minores, I (*Priap.*, 16); S. Aug., *Conf.*, 8, 3, 7.

(2) Stat., *Ach.*, II, 69 (355).

(3) Ap., *Met.*, 4, 26, 293.

(4) Cic., *Ad Att.*, 6, 3, 1.

(5) Iuv., *Sat.*, 6, 25.

(6) Sen., *De ben.*, 3, 15, 1.

(7) Drac., *Med.*, v. 479 (Poetae lat. min., vol. V).

gomenti in cui non si deve scendere a trattative o contrattare; anzi se *patteggiare* ha più insito questo spirito del *contrattare*, d'altra parte il *contrattare* lo ha forse più del *pattuire*.

Pactio, adunque, non *contractus*, è il termine che significa nel diritto classico gli accordi delle parti. Il senso erroneo per diritto classico attribuito a *contractus* poteva far accarezzare con favore l'idea di attribuire al *pacisci* un senso diverso dall'accordo e in antitesi al *contrahere*. Dato invece il nostro senso del *contrahere*, è chiaro che il *pacisci* può tanto esser elemento del *contractus* quanto esser rivolto contro di esso. Ma caratteristico per la rivoluzione avvenuta nel diritto giustinianeo è il vedere in Teofilo, che è a un tempo stesso uno dei compilatori, e il primo commentatore delle nuove fonti di diritto, assunta la definizione del *pactum*, che noi abbiamo nella L. 1, § 2, D., 2, 14 e nella L. 3 pr. D., 50, 12, entrambe di Ulpiano, a definizione del *contractus* (1).

---

(1) Theoph., *Paraphr.*, III, 13, 2.

VIII.

Il silenzio nella conclusione dei contratti (*).

(I Studio).

Io sono d'opinione che si debba nei contratti attribuire efficacia esclusivamente all'interna, reale volontà, e che le teorie così strenuamente sostenute da studiosi di riconosciuta autorità o di belle promesse, per cui ora la dichiarazione e la responsabilità, che per essa incombe, quando sia coscientemente fatta, ora l'affidamento dell'altra parte debbonsi ritenere sufficienti a fondare il contratto, siano totalmente *contra legem*. La legge parla di *consenso*, che non può significare se non accordo delle due parti; la legge parla di *volontà* soltanto e la manifestazione appare sempre come mezzo. Io sono bensì d'avviso che il contratto siasi svolto dal delitto, perchè l'età primitiva non mi sembra riconoscere altre obbligazioni se non quelle nascenti *ex delicto*, e le stesse obbligazioni contrattuali nelle origini paiono spuntare solo al momento della violazione, venendo riassunte sotto l'idea del delitto: ma se il contratto si è costituito come istituto indipendente, se nel diritto moderno

(*) Estratto dal *Foro ital.*, XXV, 1900. È una nota alla sentenza della Corte di cassazione di Firenze, 24 luglio 1899. La massima della sentenza nel *Foro ital.* è la seguente: « Anche seguendo la dottrina men rigorosa, non si può attribuire funzione di consenso al silenzio di una delle parti senza porlo in relazione con le speciali circostanze del fatto, ed in ispecie senza esaminare se colui che tacque *potuit et debuit loqui*. Viola quindi il precetto della motivazione la sentenza che si limita ad affermare la dichiarazione di una delle parti di recedere dal contratto esser stata *tacitamente* accettata dall'altra, non adducendo alcuna circostanza speciale di fatto che valga a giustificare tale affermazione ».

il nome di *contratto* è divenuto financo sinonimo di *convenzione* o *consenso*, ciò si deve appunto al trasporto dell'obbligazione dal momento della violazione e della responsabilità al momento del consenso.

Qualunque opinione peraltro si voglia ritenere circa la volontà contrattuale, nel difetto di ogni manifestazione o espressa o tacita (come si suol chiamare nella dottrina la manifestazione per atti congrui, che in sè avrebbero altro scopo), parrebbe che dovesse totalmente far difetto l'un dei capi, per dir così, del vincolo contrattuale. Nondimeno numerose sono le teorie che in più o meno larga misura accordano efficacia al silenzio, e se ne può avere una bella rassegna nello scritto del Ranelletti, *Il silenzio nei negozi giuridici* (nella *Rivista ital. per le scienze giurid.*, vol. XIII, pag. 1). Questi per conto suo adotta con alcune modificazioni la teoria del Dernburg, fondata sul criterio del *bonus vir*, il quale in simili circostanze non sarebbe rimasto in silenzio. Il Ranelletti invoca largamente in sussidio le fonti romane, affermando, contro il Savigny, che trattasi nei singoli testi non di eccezionali statuizioni, bensì dell'applicazione di un principio generale. Il Simoncelli (*Il silenzio nel diritto civile*, nei *Rendiconti dell'Istituto lombardo*, 1897), confutando il Ranelletti, ritorna alla tesi del Savigny e sostiene che tanto nel diritto romano, quanto nel nostro diritto civile, il silenzio non valga a fondare il contratto se non nei casi eccezionali positivamente dalla legge determinati. Ogni caso è adunque un *ius singulare*, nè si può costruire mediante l'analogia un principio fecondo di conseguenze oltre i limiti segnati dalla legge scritta. Poteva bensì introdurne, come ha fatto, la giurisprudenza romana, ma ciò proviene dalla funzione legislativa effettivamente esercitata dalla giurisprudenza romana entro certi confini, sui quali il Simoncelli è d'accordo colla tesi da me altre volte sviluppata (1). Questo

(1) *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*. Prolusione pubblicata in *Temi veneta*, vol. XX (1893).

solo si può ritenere, che la giurisprudenza romana nell'introdurre nuovi casi seguisse un criterio direttivo: non si può fissare adunque un principio dogmatico, ma sì un principio storico.

In senso più radicale si sono manifestati il Vivante (*Trattato di diritto comm.*, vol. III, n. 1015, pag. 26 e seg.), lo Sraffa (*Il silenzio nella conclusione dei contratti*, nella *Giurisprudenza ital.*, 1898, IV, 353, e nel *Diritto comm.*, 1899, 211) e recentemente il Vighi (*Considerazioni intorno alla dichiarazione tacita di volontà nei contratti*, Camerino 1899, e nella *Temi veneta*, 1899, 325): gli effetti che la legge in una serie di articoli attribuisce al silenzio sono effetti legali, non riconoscimento del vincolo contrattuale.

Dati i principî del contratto, io credo veramente *a fortiori* che l'efficacia concessa al silenzio non possa essere che l'effetto della legislazione o d'una giurisprudenza legislatrice. Ma un'indagine, il cui risultato positivo sarebbe di essenziale importanza per la questione, è la seguente: se la giurisprudenza (o la legislazione) nel riconoscere via via l'efficacia del silenzio, abbia inteso di alterare il concetto di contratto, di diminuire il requisito del consenso in generale, ovvero abbia avuto coscienza di stabilire assolutamente una responsabilità extracontrattuale, per lo meno di uscir fuori dal tipo genuino del contratto, dal consenso vero. Perchè solo quando questo punto sia certo, si potrà avere un argomento sicuro per non ammettere la generalizzazione dei casi che il Savigny considera come eccezioni. Ora tanto io credo si possa dimostrare: che la giurisprudenza romana, che la legislazione stessa sente in ciascuno di quei casi di uscir fuori dei confini del contratto o negozio giuridico, ha coscienza che il consenso pieno e vero esige una manifestazione positiva. E nemmeno si può fissare un criterio direttivo generale, un principio storico in questo movimento: si tratta semplicemente caso per caso della *involuzione* di un consenso antico e mal visto, o dell'*evoluzione incompleta* di un consenso nuovo. Come nelle forme la legge viene a esi-

gere, si può dire, un consenso più energico, più riflesso, più serio, così nel silenzio la legge si accontenta di un consenso più debole, di un assentimento puramente negativo, passivo.

E come non si può esigere una forma fuori dei casi dalla legge richiesti, come sarebbe vano ricercare un principio storico determinato, secondo cui l'evoluzione giuridica procede nel richiedere la forma, così non è lecito estendere l'efficacia del silenzio fuori dei casi dalla legge determinati, nè giova indagare il criterio direttivo generale che avrebbe ispirato la giurisprudenza o la legislazione.

Ora a questo pensiero i casi romani rispondono tutti. L'antica società patriarcale non tiene affatto conto della volontà della *filiafamilias*, sia nelle nozze, sia negli sponsali: è il *paterfamilias* che la dà, è lui che la promette, e solamente su di lui ricade l'infamia, se l'ha rimaritata prima che sia trascorso il tempo del lutto. Il sentimento più fine dell'epoca civile vuole il consenso della figlia, e la giurisprudenza comincia coll'introdurlo in questa misurata forma, per cui basta il non dissentire, il non contraddire, il tacere (L. 7, § 1; L. 12 pr., Dig. *de spons.*, 23, 1). La misura è palese anche dalle restrizioni che lo stesso Ulpiano (o Giustiniano?) soggiunge: la facoltà di dissentire è permessa alla figlia, se il padre le proponga una persona indegna o turpe. Forse Giuliano andò più in là e volle un consenso intero (L. 11, *eod.*); ma il testo di Giuliano nella compilazione giustinianea è integrato con quello di Ulpiano.

In quella vece il consenso, in origine essenziale, del *paterfamilias* alle nozze sia del *filiusfamilias*, sia della *filiafamilias* è stato ridotto esso al mero silenzio, al non dissentire (L. 12, § 3, Dig. *de capt.* 49, 15), con perfetta coscienza che in questi termini non è vero e proprio consenso. E nel periodo patriarcale sarebbe parso assai strano il motivo di cui si vale il giurista per ridurre quell'assentimento ai modesti limiti del silenzio, cioè ch'esso è imposto *civili ratione*, ch'esso è *contra naturalem rationem!*

Estraneo al tema nei particolari è lo svolgimento relativo all'assenza, alla prigionia di guerra o alla follia o alla demenza del *paterfamilias*, in ciascuna delle quali figure interviene largamente l'opera di Giustiniano, o al rifiuto di consenso senza giusta causa. Peraltro il motivo giuridico costante è sempre questa progressiva limitazione del consenso del *paterfamilias;* il figlio del furioso, si dice, può conchiudere le nozze, perchè il padre *non contradicit.*

Nella genuina costituzione famigliare non occorreva certo il consenso del *filiusfamilias* all'adozione. Giustiniano propende naturalmente, secondo lo spirito del suo tempo, ad aver riguardo anche alla volontà dell'adottato; ma in questa forma limitata, in cui ci si accontenta del *non contradicere* (L. 5, Dig. *de ad.*, 1, 7 interp.; § 8, Inst. *quib. mod.*, 1, 12), di guisa che nel caso d'infanti si può tuttavia prescindere da questa debole parvenza di consenso (L. 42, Dig. *de adopt.*, 1, 7). Anche circa l'emancipazione sono per la prima volta gli mperatori bizantini che vogliono aver riguardo alla volontà dell'emancipato, ma sempre in questa forma limitata e sempre colla coscienza che trattasi di un assentimento imperfetto, da cui si può prescindere nel caso d'infanti (L. 5, Cod. *de emanc.*, 8, 48 [49]).

Anche circa il consenso della *filiafamilias* all'esperimento dell'azione dotale da parte del padre si fece questione se dovesse intendersi consenso attivo, positivo, pieno, o mero assentimento passivo (*utrum sic accipimus* UT CONSENTIAT *an vero* NE CONTRADICAT: sono adunque due cose distinte!) e si decise che basta il *non contradicere.* Giuliano con questo motivo andò più in là e ammise che si potesse agire anche se la figlia è demente; ma appunto perchè tale è il motivo, non l'ammise in caso di assenza della figlia: *ubi enim sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere* (L. 2, § 2, Dig. *sol. matr.*, 24, 3).

Così, per ridurre al minimo la violazione del credito portata dal senatoconsulto Macedoniano, se da un lato la giurisprudenza fece sopravvivere l'obbligazione naturale,

dall'altro lato ridusse alla mera scienza, al *non contradicere*, il consenso del *paterfamilias*, dato il quale cessa il senatoconsulto (L. 12 e 16, Dig. *ad sen. Mac.*, 14, 6). La stessa interpretazione, benchè con audacia minore, perchè la parola dell'Editto vi si presta adoperò la giurisprudenza circa l'*actio tributoria*, in ordine alla quale è pure caratteristica questa netta divisione del consenso pieno da un lato e dell'assentimento passivo dall'altro. Non occorre la *voluntas*, dice Ulpiano, basta la *patientia: non enim* VELLE *debet dominus, sed* NON NOLLE. *Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria* (L. 1, § 3, Dig. *de trib. act.*, 14, 4).

Analogamente la *publica utilitas* ha ridotto nei bassi tempi pure il consenso del padre al decurionato, pel quale il padre diviene responsabile degli oneri che gravano sul figlio, alla misura del *non contradicere* (L. 2, pr., Dig. *ad munic.*, 50, 1; L. 1, Cod. *de fil. famil.*, 10, 62 [60], a mio credere, entrambe interpolate). In un altro testo anzi (L. 7, § 3, Dig. *de decur.*, 50, 2, per mio avviso anch'essa interpolata) si esige persino che la *contraria* volontà sia fatta manifesta *apud acta praesidis vel apud ipsum ordinem vel quo alio modo.*

Ricordo, infine, l'assentimento passivo stabilito da Giustiniano nel caso di sentenza arbitrale (L. 5, § 1, Cod. *de rec.*, 2, 55 [56]).

Talora è la logica stessa dell'istituto che limita in questa misura l'assenso necessario. Nel condominio, come nella consovranità romana (la tipica collegialità), il diritto proprio, autonomo del condomino o del magistrato non si arresta se non davanti alla contraddizione aperta, patente del socio o del collega: richiedere il consenso vero equivarrebbe a convertire il condominio in un dominio corporativo, come in parte è avvenuto nel diritto moderno per influenze germaniche e per ragioni economico-sociali, e la collegialità in un consiglio collegiale a uso odierno.

Del resto l'esaurimento o l'involuzione della volontà è fenomeno che si avvera sovente in proporzioni ben più vaste

e gravi. Le così dette consuetudini di fatto (forse le sole consuetudini effettivamente vigenti in un regime legislativo sviluppato) ci rappresentano una serie numerosa di esempi, in cui la pratica costante di soggiungere determinate clausole fa sì che si sostituisca alla volontà la presunzione di volontà, o, se si vuole, la volontà sociale alla volontà individuale. Così nacque nel diritto romano il pegno legale o tacito; così giunse ad affermarsi e a divenire persino, oltrechè naturale, essenziale la facoltà di vendere nel pegno; così nel diritto romano e nel diritto moderno si svolsero nuove figure contrattuali o si ampliarono le antiche: effetti che erano un prodotto della volontà di volta in volta manifestata divengono conseguenze legali, naturali o necessarie. Giustiniano per via di una serie di sporadiche interpolazioni, come ha rilevato il nostro Riccobono (nella *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1896, pag. 380), dava il motivo all'istituto medioevale della costituzione delle servitù per destinazione del padre di famiglia. Viceversa la storia dei contratti romani, massime dei contratti reali, mostra uno sviluppo, in cui la volontà diminuisce, rifacendo a ritroso il cammino della storia, e dove si può giungere fino alle origini svanisce addirittura, per far luogo alla obbligazione *ex delicto* o ad una analoga *actio in factum*, il che è grave argomento per una diversa funzione originaria dell'obbligazione.

Ci è giovato ricordare queste correnti e controcorrenti storiche, questi incompleti o completi esaurimenti e sviluppi del volere, perchè la nozione genuina del contratto e del consenso non sia turbata da figure che rappresentano uno stadio intermedio dell'evoluzione. *Qui tacet non utique fatetur*, ecco il principio: *sed nec negare videtur;* e poichè in molti casi basta il *non negare*, il *non repugnare*, il *non dissentire*, il *non contradicere*, il *non nolle*, che è cosa diversa dal *velle*, dal *consentire*, in questi casi vale il silenzio, perchè significa appunto questo. Ma nella generalità dei rapporti è il consenso pieno che si vuole: e allora, diremo con parole di Ulpiano, *invitum..... accipere debemus non eum qui contra-*

dicit, *sed eum qui non consentit* (L. 5, Dig. *De s. p. u.*, 8, 2) e viceversa volente è *qui consentit*, non già *qui non contradicit.*

Concludiamo con un'osservazione: in teoria il silenzio si distingue nettamente dalla manifestazione tacita di volontà, in pratica non sempre. Ma la questione non è giuridica, bensì questione di fatto e d'interpretazione del fatto, e può aver luogo in proposito una di quelle evoluzioni, che a torto si battezzano per evoluzioni giuridiche, mentre non sono che svolgimenti sociali, come avviene circa i numerosi modi, in cui la società più evoluta scorge una tradizione o trasmissione di possesso, che la società primitiva non poteva assolutamente scorgere. È manifesto infatti che alcuni atti indifferenti e insignificanti a un momento dato non si possono interpretare se non come puro e semplice silenzio nel sentimento sociale dell'epoca, mentre in un'epoca più progredita possono acquistare un significato positivo e indirettamente valere come consenso tacitamente manifestato. La pratica potrà quindi offrire in proposito alcuni delicati problemi, ma la teoria giuridica non può che rispondere: *facti quaestio est.*

IX.

Il silenzio nella conclusione dei contratti (*).

(II Studio).

La teoria del silenzio è stata di nuovo pur ora strenuamente difesa da due eminenti giuristi, un romanista, il Pacchioni, nella *Riv. di dir. comm.*, 1906, I, 23, ed un commercialista, il Valery, in Dalloz, *Périodique*, 1905, I, 745. Questo perenne risorgere di una dottrina che equipara il tacere al parlare è certo impressionante. Se la teoria non ha base logica, qual è la ragione della sua tenace resistenza?

La dottrina del silenzio mi sembra viziata da due fondamentali equivoci: l'uno di essi — che conferisce ad essa un carattere fallace di equità e di vasta importanza — è l'uso vario ed ambiguo della parola *tacito* nella giurisprudenza moderna, per cui da un lato ogni manifestazione di volontà che non sia verbale o scritta, che non sia diretta, ma che si debba indurre dagli atti, dal contegno, dalla legittima interpretazione del contratto secondo gli usi o lo spirito delle stesse clausole contrattuali (Cod. civile ital., art. 1135 e 1136), è consenso tacito; dall'altro si parla di un consenso tacito, laddove la volontà presunta non è che il motivo etico

---

(*) Estratto dalla *Riv. di dir. comm.*, IV, 1906, II, pag. 222-230. Quasi negli stessi termini in *Foro ital.*, XXXI, 1906, I, pag. 828-836. È una nota alla sentenza della Corte d'appello di Torino, 10 luglio 1905. La massima della sentenza pubblicata nel *Foro ital.* è la seguente: « Le clausole contrattuali stampate sulla carta da lettera di una Ditta estera, fra le quali quelle dell'elezione di domicilio agli effetti dell'esecuzione del contratto e della relativa competenza, s'intendono tacitamente accettate dall'altro contraente, che nella corrispondenza avuta per le trattative non abbia fatto in proposito alcuna osservazione ».

od economico di una prescrizione legale. I giuristi romani nel loro più schietto e preciso linguaggio schivano in gran parte gli equivoci: *tacito* è per essi piuttosto sinonimo di *legale*, e dove scorgono una manifestazione, sia pure indiretta, ma positiva della volontà, com'è quella appunto che nella dottrina moderna reca la designazione tecnica di manifestazione tacita, dicono con frase propria e significativa *consentire re* (cfr. L. 4 pr., D., 17, 2; L. 2 pr., D., 2, 14; dove il consenso tacito nello stesso senso si reputa a buon diritto un'interpolazione). Ma questa manifestazione *re* tanto si separa dal silenzio che può apparire qualcosa di più grave e di più serio della manifestazione espressa: la *pro herede gestio* sembra sia stata riconosciuta accanto alla solenne accettazione dell'eredità mediante *cretio* in un periodo anteriore alla dichiarazione o *aditio* (1).

L'altro equivoco è il difetto d'analisi, per cui si incontra il problema sull'interna volontà, anzichè sulla manifestazione sua, e quando si reputa di aver dimostrato l'esistenza della volontà (se pur non si sta paghi alla colpa), si crede a un tempo stesso di aver vinto definitivamente il punto.

---

(1) [In tempi recenti si è vivamente contestato che nel diritto classico si distinguesse tra *aditio* e *pro herede gestio*.

Il primo sostenitore in Italia della nuova tesi fu il Perozzi, *Istituzioni*, II (108, pag. 507) ed essa ha avuto il suo più ampio sviluppo con alcune varianti circa la data dell'*aditio nuda voluntate*, in Solazzi, *Modi di accettazione dell'eredità nel diritto romano* in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali di Pavia*, V, 1919.

Benchè sostenuta con argomenti certo non insignificanti, temo che questa radicale negativa non regga, specialmente di fronte al testo di Gaio II, 167: Costantino (1 Cod. Th., 5, 1) non fa che ribadire Gaio. Riterrei piuttosto probabile che, pur riconoscendosi nel diritto classico egual efficacia alla dichiarazione pura e semplice (*nuda voluntas*, *aditio*) e alla manifestazione con atti congrui (*pro herede gestio*), la terminologia non fosse abbastanza fissata. Il termine *aditio* esprime talvolta la solenne *cretio*, così come il termine *pro herede gestio* può abbracciare in tale senso anche l'*aditio*. La contrapposizione della *nuda voluntas* a un atto che pure non è formale, non è nuova in Gaio: cfr. l'antitesi tra la *nuda voluntas* e la *traditio* in L. 9, § 5, D. *de a. r. d.*, 41, 1].

Che questa volontà si debba esternare in confronto dell'altra parte, che il consenso di due contraenti sia qualcosa di diverso dall'accordo spirituale di due anime, a ciò non si pensa.

Ma la vera ragione del fenomeno è più profonda. Quando il lavorìo di astrazione per la conquista dei principî direttivi di una data legislazione, sia pur senza risalire alle altezze filosofiche, oltrepassa certi confini, cessa il regno della logica e risorgono le tendenze ideali.

Nè io conosco uno scritto che più della nota del Pacchioni, così sincera, così lucida, così vibrante di piacevole calore, sia atto ad esprimere questa psicologia del problema. È una lotta tra la libertà e l'umana solidarietà, tra il domma della volontà e l'idolo della buona fede. Non vi ha dubbio che la tendenza più simpatica è la seconda, non vi ha dubbio altresì che è dessa quella che si presenta alla vista esteriore con quel carattere pratico che seduce e tanto piaceva all'Jhering, non vi ha dubbio infine che essa ha per sè una nobilissima tradizione nazionale di giurisprudenza, per cui si risale sino a Bartolo e Baldo, e una sanzione imponente nella continuità della giurisprudenza, mentre la reazione ha due vizi di origine grave: è venuta su dalla dottrina, per quanto la dottrina sia rappresentata da due commercialisti di tipo superiore, il Vivante e lo Sraffa, nonchè da un civilista dell'autorità del Simoncelli, e trionfa in Germania, il paese delle astrazioni e dei dommi. La teoria del silenzio pertanto risorgerà sempre, finchè non sia spogliata di quelle ingannevoli apparenze, finchè non sia svelato il segreto di questo favore nella giurisprudenza pratica. Giova quindi a principio tentare almeno di dissipare queste preoccupazioni.

A me non sembra che l'antica tradizione ed il favore costante della giurisprudenza ci debbano imporre, nè che la teoria meriti punto quelle simpatie sentimentali e quella lode di praticità. Una tendenza dei giuristi pratici è quella di essere sotto un certo aspetto più ideologi dei dottrinari, di serbare l'idolatria delle formule con una fede più incrol-

labile e cieca dei più appassionati costruttori: il culto dei broccardi insegni. Tutto ciò sarebbe assai pericoloso, se fosse serio: ma in realtà motivi generali, concetti supremi non rappresentano la base vera del decidere, che talvolta è celata, ma una ornamentazione o un comodo strumento, una scala che si abbandona appena ha servito. È frase trita che non vi ha proverbio che non ritrovi il suo contrario; e così non vi ha forse broccardo, non vi ha concetto tradizionale, di cui non occorra il contrario, che in un'altra specie può tornare in acconcio. Lo stesso Pacchioni ricorda al nostro proposito due noti adagi in contraddizione (dei quali per altro, notiamolo, egli nega la contraddizione): chi tace consente e chi tace non dice niente. Ma questo spirito ideologico aveva nella giurisprudenza medioevale un grande rinforzo nella tenerezza per la buona fede, nella mescolanza delle diverse norme etiche, degli obblighi civili e dei doveri di carità, che caratterizza quell'epoca: basta ricordare al proposito l'antica, nobilissima teoria degli atti di emulazione colle sue inverosimili esagerazioni; teoria, osserva lo Scialoja « segnata in ogni sua parte dello stampo di quel medioevo, nel quale andavano confuse le idee di diritto, morale e religione ». D'altra parte il còmpito di quell'antica giurisprudenza, che era quello di adattare alla vita medioevale una legislazione non fatta per essa, e le attitudini suscitate da questo còmpito non corrispondono nè al compito, nè alla posizione della giurisprudenza moderna, che ha un codice proprio, ed anche se dovesse maneggiare le leggi romane, vi troverebbe sotto una vita meno remota dall'attuale che non quella dei tempi di Bartolo e Baldo. Le creazioni dei commentatori furono vere creazioni di nuovo diritto: tra le pretese creazioni della giurisprudenza moderna, a prescindere da alcuni errori, io non ne trovo alcuna che non abbia la sua piena giustificazione logica. La parola creazione, che piace, si può pur mantenere, ma è un'illusione il supporre che si aggiunga alla legge, quando erompe dalla vita pratica sia pur tutto un nuovo istituto,

che rientra nel largo ambito delle norme dispositive e non infrange le colonne rappresentate dai precetti imperativi del legislatore.

Meno ancora il linguaggio della giurisprudenza odierna ci deve impensierire. Nella giurisprudenza pratica occorre sempre distinguere le soluzioni, in generale buone, e le motivazioni: compito del teorico è di non fare il pratico per parere il vero giurista, ma di analizzare i rapporti, cercare ragioni migliori anche per le buone decisioni, perchè un giudice alla sua volta troppo teorico non venga poi ad applicare quelle cattive motivazioni con rigore di logica, là dove non siavi alcun vero sostanziale motivo, il quale faccia che la decisione sia giustificabile o tollerabile.

Ma precisamente come negli atti di emulazione, le simpatie sentimentali costituiscono la trama ascosa, l'anima, per dir così, della teoria del silenzio. A questa sorgente è attinta la fluente dialettica del Pacchioni. Non so trattenermi dal trascrivere queste sue belle parole: « L'uomo ha tanti doveri verso i simili suoi: talvolta ha il dovere di tacere, tal'altra ha invece quello di parlare. Infine: nè di sè, nè della propria parola, nè del proprio silenzio l'individuo che vive in società è assoluto padrone; non può espandersi come gli detta dentro, nè tutto in sè raccogliersi come se il rimanente mondo per lui non esistesse. Egli si trova avviluppato nella rete dei rapporti sociali e negli ingranaggi della vita commerciale, nè può dilettarsi sempre di essere, o di parere, la sfinge ».

E altrove egli invoca « la solidarietà che vincola ogni uomo al suo simile e per cui Cicerone (*De officiis*, 51, 52; cfr. Seneca, *De beneficiis*, 4, 29, 1 e seg.) insegnava doversi anche a beneficio degli estranei concedere ciò che si può loro concedere senza proprio danno o molestia (*quae sunt iis utilia qui accipiunt danti non molesta*) ». Si può domandare che cosa abbia a che fare tutto questo col *contratto* e col *diritto*; si può osservare che i doveri sociali, quando assurgono nel campo del diritto, sono la base di obbliga-

zione *ex lege* o anche di conseguenze legali, imperative nel contratto stesso: che i doveri extracontrattuali, sia sociali, sia sanciti dalla legge, sono i più gravi e numerosi e crescenti e ciascuno di noi godrebbe della più sfrenata libertà, se non gli incombessero altri obblighi all'infuori dei contrattuali; che il contratto è la rocca della nostra libertà, e già il diritto la restringe abbastanza, quando ne determina imperativamente le cause e gli effetti; che questa rocca è distrutta, quando la giurisprudenza ci fa contraenti, benchè tacenti. Questo ed altro si può osservare: ma quando si invoca la buona fede e la fratellanza umana, che cosa vale il ragionamento? È il *sans dot* di Arpagone, con cui egli ribatte tutti gli argomenti che per bocca del savio giovane gli vietano di immolare la figlia al canuto aspirante. Senonchè Arpagone — la commedia lo rivela nel seguito e il poverino non è in colpa se l'ignora — poteva anche guadagnare di più e nel tempo stesso non sacrificar la figliuola; ed io non dubito che alla buona fede, al commercio, alla solidarietà tra gli onesti giovi ben più di non convertire il contratto in una obbligazione (stavo per dire in un'insidia) legale. Già di troppe insidie di simil genere noi siamo circondati rimanendo nel terreno contrattuale, quando accettiamo, senza capirci nulla o senza poterci far nulla, per base delle nostre obbligazioni dei moduli a stampa stillati dalla parte avversaria che ha tutto calcolato pel suo vantaggio: il contratto è quasi un'ironia, ma quei patti, almeno, li accettiamo o li subiamo volontariamente! Dovremo anche essere obbligati, e sempre contrattualmente — che cosa è mai di bello il contratto! — quando alle clausole nuove soggiunte in una fattura, alle condizioni stampate nella corrispondenza noi non rispondiamo con un reciso no? La buona fede vi imponeva di rispondere con un categorico rifiuto, se non intendevate accettare quelle condizioni! Ma, e dite, la buona fede non imponeva nulla all'altra parte? Non le imponeva di non farsi innanzi con proposte nuove, condizioni impreviste, con un regolamento di competenza,

che aggrava la mia situazione? Non le imponeva di non alterare i termini del contratto dopo aver condotto il contraente fiducioso al punto in cui egli forse non si può più convenientemente ritirare? Questa stessa buona fede, infine, indipendentemente da qualunque rispetto alla volontà contrattuale, non le imponeva di esigere una categorica risposta alle condizioni soggiunte nella fattura e nella corrispondenza, che sono quelle che possono più facilmente sfuggire all'attenzione, quelle di cui non si è nulla ventilato tra le parti, e che appunto per essere a stampa non hanno alcuna manifesta relazione con la persona con cui si tratta? A mala pena si può parlar di proposta: e si deve presumer la risposta? Questa non è buona fede, ma un laccio teso alla buona fede altrui, e nessun dovere di solidarietà impone di impiccarsi al laccio disposto dall'avversario. Si commisero delitti in nome della libertà, ma se ne possono commettere di maggiori e con più ripugnante ipocrisia nel nome dell'umana solidarietà.

Quanto al valore pratico la dottrina del silenzio non merita tal lode se non a patto di confondere lo strumento veramente pratico, vale a dire il più adatto allo scopo, con lo strumento comodo, cioè il più facile ed alla mano. La fortuna del silenzio è dovuta al fornire un mezzo semplice del decidere e risparmiare l'analisi del rapporto giuridico, che offre sempre una soluzione equa su basi più logiche. Ma a questo punto giova discutere direttamente la teoria.

Il problema suol essere posto in modo equivoco. Il Pacchioni ha il merito di aver messo, mi sia lecito dir così, la chiarezza nell'equivoco. Richiamandosi alle due teorie oggi in conflitto sulla natura del contratto, egli studia la questione del silenzio di fronte alla teoria della volontà, e di fronte alla teoria della dichiarazione o dell'affidamento. Qualunque teoria si accetti, la dottrina del silenzio vince la prova. Quanto ai fautori della volontà è da meravigliarsi che non lo riconoscano! Se la volontà comunque constatata deve essere la base della efficacia del contratto, è

arbitrario affermare che solo la volontà dimostrata con atti positivi è volontà obbligatoria. E nella teoria dell'affidamento « poichè è fuori di dubbio che il silenzio di una persona di fronte ad una persona che parla, può in determinate contingenze essere interpretato come consenso, così è anche fuori di dubbio che tacendo noi possiamo far sorgere nei terzi l'affidamento di una certa nostra volontà ». A ben guardare, di fronte all'una o di fronte all'altra teoria il problema è posto sempre nella stessa guisa, cioè dal punto di vista dell'interna volontà, sia la volontà reale dell'una delle parti o quella che l'altra parte vi suppone, come nella teoria dell'affidamento. Consentire non significa se non sentire insieme e si hanno dei silenzi più eloquenti di qualunque parola! Lo credo. Gli innamorati non s'intendono altrimenti, ma non è tacendo che si promettono; per lo meno qualche gesto espressivo deve essere intervenuto.

Il problema insomma non s'incardina sulla volontà, ma sulla manifestazione della volontà. Nessuna teoria nega che debbano concorrere nei contratti volontà e manifestazione esteriore. La dottrina odierna è solo discorde se nei casi di ripugnanza tra la volontà e la dichiarazione si debba dare prevalenza alla prima ovvero alla seconda che genera l'affidamento. E posta così la questione, è il silenzio una manifestazione di volontà? Non è a dire che al Pacchioni non baleni quest'aspetto che è la posizione vera del problema; ma lo fonde con l'altro che non è esatto. « Che il tacere di fronte a chi parla sia nella vita sociale un atto suscettibile di interpretazioni diverse, un atto attraverso al quale è possibile risalire ad una possibile volontà di chi tace, sembra a me fuor di dubbio ». Ora questo è risolvere il problema sempre dal punto di vista dell'interna volontà. Riconosciamo bensì che non occorre sempre una diretta manifestazione di volontà (il Pacchioni parla costantemente di parole o gesti e salta quindi subito al silenzio), ma può bastare un'indiretta manifestazione della volontà desunta dal comportamento della persona, che è quella che nella

dottrina reca il nome di manifestazione tacita, nome infelice (i Romani, noi lo abbiamo notato, dicono *consentire re*) perchè genera equivoco col silenzio: ma una manifestazione esige atti positivi, altrimenti voi vi contentate di un interno volere, che può ben esservi in chi tace, ma appartiene ancora agli stati della coscienza.

Conosce bensì il nostro legislatore e conoscevano i Romani dei rapporti nei quali il silenzio ha efficacia non tanto di significare il consenso, come usano dire gli avversari, quanto di generare obblighi, effetti giuridici. Ma sono casi, lo ripetiamo, positivamente, espressamente determinati, da cui una sola deduzione logica è possibile, che fuori di quei casi la volontà dev'essere fatta manifesta; si ha insomma una conferma *a contrariis* del principio. Il privato conosce la legge di quei casi e si regola in conformità. La giurisprudenza romana poi che senza assurgere a concetti generali, è sempre impareggiabile e sarà sempre giustamente celebrata per la visione del rapporto giuridico concreto, distingue questi casi, li ragiona, separa nettamente il *consentire*, il *velle*, il *fateri*, dal *non nolle*, dal *non contradicere*, dal *non negare*, dalla *scientia*, dalla *patientia*. È adunque una svista allorchè il Pacchioni discorre della « considerazione inevitabile che il silenzio viene in taluni testi romani equiparato al consenso »: contrapporre, dichiarare che in quei casi il consenso non si esige, non è equiparare! Si equipara *negli effetti giuridici* per il caso speciale (*hic accipimus! hic sufficit!*); si contrappone, *quanto al suo valore intrinseco*, al consenso che si esige di regola. Una simile svista, perdonabile in generale, qui dove la frase, per avere un valore logico, dovrebbe esser presa alla lettera, è gravemente ammonitrice: ma il Pacchioni almeno di questa svista fa subito ammenda.

In una nota pubblicata nel *Foro italiano* (anno 1900, pag. 467), alla quale si richiama il Pacchioni, io riconobbi una volontà anche in queste figure anomale, cui diedi il nome di assentimento puramente negativo, passivo, in quanto

il momento attivo, esteriore, la manifestazione faceva difetto, e mi occupai di spiegare dal punto di vista storico — cosa che io credevo desse luce al problema — come in questi casi si fosse sempre dinanzi ad una involuzione di un antico consenso pieno, o ad una evoluzione, un riconoscimento ancora incompleto di un nuovo consenso. Era insomma la riprova storica che in queste degenerazioni non si poteva ricercare la nozione del consenso vero, che esige interna volontà e manifestazione esteriore. Ciò che oppone il Pacchioni a quest'argomento di cui pur sente la forza, è un miracolo di sottigliezza. Giova riferire le parole, perchè un ragionamento troppo sottile toccato dalle altrui mani si sciupa: « Dal fatto che in tutti questi esempi l'equivalenza del silenzio al consenso si spiega con considerazioni d'indole storica, il Bonfante desume un argomento corretto e decisivo contro coloro che da questi stessi esempi traggono argomenti a sostenere avere già il diritto romano ammessa l'equivalenza del silenzio al consenso nella conclusione dei negozi giuridici.

« E sta bene: ma a me sembra si possa e anzi si debba fare un passo anche più oltre e riconoscere addirittura che questi casi non hanno niente a vedere con la teoria sugli effetti del silenzio, quale la si considera e discute nel diritto moderno. Essi non provano che il diritto romano abbia voluto equiparare il silenzio al consenso, e neppure provano il contrario: lasciano impregiudicata la questione, poichè cadono in una sfera estranea a quella entro la quale essa va trattata dal punto di vista dommatico. Consiste nel determinare che effetto possa avere il silenzio nella conclusione di un negozio giuridico; in ispecie di un contratto. Ora è noto che il negozio giuridico non consta necessariamente (in pratica anzi non consta quasi mai) di una sola o di due manifestazioni di volontà. Molti altri elementi concorrono a costituire il substrato del negozio giuridico: elementi di fatto e di diritto, per esempio, l'esistenza di matrimonio per la costituzione di una dote, esistenza di una

cosa per la conclusione di una vendita, la morte di una persona per la *donatio mortis causa*, ecc. Tra questi elementi accessori, ma pure costitutivi del negozio giuridico, può esservi anche il consenso di un terzo, considerato però come elemento di fatto: così è in tutti gli esempi illustrati dal Bonfante.

« Ora questa volontà di un terzo, o di più terzi, essendo considerata come un elemento di fatto, può venir interpretata in modo diverso a seconda dei casi; e nulla vi sarebbe di urtante con la dottrina che ritiene potere il silenzio di una delle parti contraenti equivalere a consenso nella conclusione di un dato contratto, nell'ammettere poi che per la validità di questo medesimo contratto fosse necessario, come condizione ulteriore, non solo il consenso esplicito, ma la piena soddisfazione e magari la benedizione di un terzo.

« Il silenzio, l'assenso, la piena soddisfazione del terzo, potranno essere richiesti da parte del contraente stesso o dalla legge, ma in ogni caso il compito del giudice sarà sempre lo stesso; egli dovrà interpretare in che senso ed in che grado d'intensità furono richiesti e dichiarare valido il contratto solo quando consti l'adempimento di questa condizione ».

Il Pacchioni adunque pare che dia peso al trattarsi in quei casi non della persona contraente, ma di un terzo, il cui consenso, come elemento di fatto, può essere interpretato in modo diverso a seconda dei casi. Ma il male è che i giureconsulti romani, per stabilire che basta il silenzio, dicono precisamente in tutti i modi e fanno intendere coi più chiari ragionamenti che non occorre in quelle specie il consenso vero, un atto positivo di manifestazione, ma basta il silenzio, la scienza: il male è sovrattutto che questo terzo nei casi di involuzione era un tempo il vero contraente, e se la giurisprudenza non gli riconosce più questa veste, gli è precisamente perchè oramai non si esige più il suo consenso, ma il suo silenzio basta. Il *contractus stipulationum sponsionumque* si conchiudeva nell'antica Roma (nessuno

sa queste cose meglio dell'autore dell'*actio ex sponsu*), come presso tutti i popoli primitivi, tra i due *patresfamilias* così per i figli come per le figlie: il *paterfamilias* era ben contraente allora. Quando bastò il silenzio del *paterfamilias* egli è uscito dal contratto. Così decide il giurista e così giustamente stabilisce il Pacchioni. Egli è un terzo oramai! La giurisprudenza romana si può rinnegare: si possono sostituire le nostre disquisizioni psicologiche, sociologiche alla logica pacata, all'analisi pura del rapporto giuridico, con cui opera l'antico giurista; ma non si può dire « che i testi del diritto romano lasciano impregiudicata la questione ».

Il Pacchioni e il Valéry hanno applicato la teoria del silenzio nelle rispettive note, in quanto, messa innanzi la possibilità che il silenzio valga come consenso, non enunciano i limiti entro cui ciò possa accadere, non formulano in altri termini una teoria del silenzio: e si deve dar lode sempre al Pacchioni di aver chiaramente espressa questa sua posizione di fronte al problema. « Questa dottrina non ha trovato ancora *la sua formula precisa*; nè potrà forse trovarla ancora per lungo tempo, perchè innumerevoli sono i casi nei quali può discutersi circa l'effetto da attribuirsi al silenzio, e di indole assai disparata, nè si è formata ancora una ferma coscienza comune sui criteri in base ai quali debba procedere l'interpretazione.

« La formula e il domma debbono pertanto cedere il campo alla casuistica; e già molto sarebbe se, per ora, ci si potesse trovare concordi nel gettare le sicure basi di una futura formula e di un futuro domma, ammettendo, ciò che noi crediamo: che cioè *il silenzio può equivalere al consenso* ».

In otto secoli adunque questa dottrina non ha trovato la sua formula: quanti secoli hanno ancora a passare? Così avviene sempre quando, per salvare un caso, si vuol costruire una teoria: per quanto si torca e si pieghi, essa abbraccerà sempre più di quello che vi si vorrebbe includere.

Ma la posizione del Pacchioni, in apparenza sfavorevole per noi, in quanto non ci offre una formula da demolire, è in realtà la migliore per una critica feconda intesa ad eliminare gli equivoci, a demolire le leve intime, che dànno forza a questa fallace dottrina.

Vediamo le sicure basi, vediamo la casuistica che muove l'acuto collega.

Io trovo nelle seguenti dichiarazioni enunciati i limiti che frattanto pone il Pacchioni all'efficacia del silenzio. « Nella vita giuridica possono occorrere ostacoli di altro genere (cioè diversi da quelli che occorrono nella vita sociale), alla eventuale parificazione del silenzio al consenso; tale è anzitutto, come ho già accennato, il formalismo. Quando per la validità di un negozio si richiede che esso venga conchiuso in date forme, è evidente che esso non potrà più compiersi col silenzio, poichè il silenzio, essendo di sua natura negativo, non è mai formale. Anche si possono concepire ostacoli di indole sostanziale: per esempio la regola che le rinuncie e le donazioni non si presumono, poichè queste regole faranno pendere la interpretazione del silenzio contro la sua parificazione al consenso. Ma dove non s'incontrano tali ostacoli non riesce facile comprendere perchè al silenzio debba *a priori* essere negata la capacità di esprimere, nel concorso di date circostanze, un consenso ».

Un primo ostacolo è adunque la forma: troppo naturale. Un secondo ostacolo di carattere sostanziale sarebbe la regola che le rinuncie e le donazioni non si presumono. Un terzo ostacolo lo aggiungo io, ed è la regola parallela alla precedente che non si presume nemmeno la volontà di obbligarsi. *Hic salta!*

Ma non vi ha ostacolo che la legge non sormonti: essa può dare al silenzio efficacia pari a quella di una rinuncia o di un contratto: ma al posto della rinuncia avremo allora la decadenza, al posto del contratto l'obbligazione *ex lege*. Dove però la legge esige la volontà, dove esige il consenso, essa dice: « Badate, io non mi accontento che Tizio si taccia,

perchè egli abbia a perdere il suo diritto: ma occorre che egli dichiari di volervi rinunciare: io non mi accontento che Tizio non faccia motto per ritenerlo obbligato, ma occorre che egli dichiari di voler contrarre ».

Vediamo di saggiare i limiti nella casuistica. « Certo un professore, un avvocato o un medico non saranno tenuti a respingere tutte le offerte di libri a pagamento, che ad essi vengano fatte da ignoti autori o librai; ma se un libraio dal quale da anni ci serviamo, ci invia dei libri in esame con preghiera di restituirli entro un certo tempo in caso che non ci convengano, se noi abbiamo sempre per il passato pagato i libri non restituiti; se può dirsi che coll'invio dei libri stessi in esame, il libraio ci ha realmente reso un servizio; se infine questi libri sono stati da noi trattenuti per lunghissimo tempo, per esempio, un anno intiero, non sarà certo irragionevole che il libraio stesso ci tenga obbligati al pagamento del prezzo ».

Qui il vigoroso giurista per far risaltare l'iniquità di una soluzione negativa accumula tutti i momenti possibili: la sorte di questo libraio deve commuovere. Ma dobbiamo giungere al *pathos* per ammettere il contratto e deve dipendere dalla tenerezza o durezza di cuore del giudice il riconoscere, o meno, se vi è stato accordo di volontà? E non c'è salvezza per questo libraio fuorchè il dire che silenzio vale consenso? Eh via, non tutti i rimedi umani, non tutte le vie logiche e piane sono chiuse. Non è proprio necessario ritenere che io voglia comprare un'opera costosa che non mi serve o che già possiedo, che non ho restituito per averla perduta di vista, per una qualunque plausibile ragione. Richieda l'opera quel libraio, mandi a riprenderla, mi citi: se io l'ho perduta o guasta potrà essere il caso, dati i precedenti rapporti, di tenermi obbligato al risarcimento. Ma io potrei persino ammettere nel caso dal Pacchioni costruito che vi potrebbero essere gli estremi di un vero contratto, non di un contratto relativo a quei volumi, bensì di un contratto di fornitura di libri per esame ed

eventuale acquisto, non di un contratto costituito sulla base del silenzio, bensì in base alla pratica costante di pagare o restituire nel termine fissato.

L'altra specie addotta dal Pacchioni sarebbe di nuovo un limite pratico in quanto egli porge una soluzione negativa e, curioso a dirsi, quest'altro esempio è la specie tipica della giurisprudenza, la specie della sentenza che egli annotava, la fattura. « Certo anche si è — per dare un altro esempio — che un cambiamento delle condizioni della compera notificato dal venditore nella fattura, quasi di sotterfugio, non potrà bastare a far ritenere il compratore silente come consenziente. La fattura non è sempre mezzo idoneo per simili proposte, e il silenzio di fronte a clausole nuove in essa contenute non può, per regola, valere consenso ». Come si vede, il Pacchioni, posto di fronte al vero silenzio, alla realtà delle cose, si salva dal seguire nella pratica il principio enunciato in teoria. Viceversa noi potremmo esser d'accordo con la decisione che annotiamo, in quanto pare dagli atti che il Levi avesse manifestato la sua volontà, avesse accettato espressamente come luogo di esecuzione la sede dell'officina Bruninghaus.

Il Valéry poi nella sentenza che annota (osserviamo con piacere che la Cassazione francese ha deciso contro l'efficacia del silenzio) nega che le fatture siano atte a generare un nuovo contratto o modificare una convenzione esistente, ma se esse non fanno che esprimere l'interpretazione che il venditore dà al contratto, il compratore è in dovere di protestare, se non accetta quella interpretazione, o altrimenti resta obbligato. Pare a me sia il caso di applicare un dilemma ad uso Omar: o questa interpretazione è esatta, e allora è inutile, o è inesatta, ed allora nè il compratore ha a preoccuparsene, nè il giudice ad assumerla come base del giudizio.

Non voglio dissimulare una cosa. Nell'esempio risoluto positivamente dal Pacchioni egli tocca un tasto giusto: la esistenza di rapporti precedenti tra le parti. È questa la

ragione delle derogazioni legali alla norma della volontà e del consenso: nonostante il principio che le rinuncie non si presumono, accade che nei rapporti di vicinanza la rinuncia si presume in base alla *patientia* delle opere nocive; nonostante il principio che la volontà di obbligarsi non si presume, è ammessa la riconduzione tacita, sebbene disciplinata in modo restrittivo. Anche nei rapporti sociali la differenza s'insinua: voi non sentite il dovere di respingere il nuovo giornale che vi è inviato in saggio, ma ben sentite quello di respingere il giornale cui foste da lunghi anni abbonato, se intendete disdire l'abbonamento. Ma non v'è ragione di convertire questo dovere sociale in dovere giuridico: non v'è ragione di supporre che abbia valore legale una simile comminatoria stampata in un giornale, analoga alle clausole delle fatture: «se l'abbonamento non è disdetto entro il mese di novembre, s'intende rinnovato per l'anno venturo». Il direttore del giornale può intendere quello che vuole: egli parla con se stesso e si fa la domanda e la risposta.

Non è necessario confondere le norme varie dell'etica sociale con le norme giuridiche. I doveri sociali di manifestare la propria volontà sono assai discutibili e oscillanti: vi fosse pure una sicura, generale coscienza, sono sempre doveri sociali; è un assai difettivo sillogismo l'indurre dal fatto che alcuno ha questo preteso dovere *sociale* di manifestare la sua volontà, la conseguenza che *l'ha in effetto manifestata* ed è *giuridicamente* vincolato. Invece di violentare il contratto, non riuscendo mai a trovare una formula, non riuscendo ad abbracciare quello che si vuol abbracciare, perchè la teoria ha sempre un carattere generale e vi prende la mano, si ricerchi, quando ne sia il caso, la colpa, si applichi un principio, che ha riguardo agli estremi del caso concreto, salva quello che vuol essere salvato, immola quello che dev'essere immolato.

X.

Il silenzio nella conclusione dei contratti (*).

(III Studio).

1. Mi propongo di riesaminare in forma succinta la questione del silenzio nella conclusione dei contratti, sovrattutto per tentar di sgombrare la via dalla selva di equivoci, che si insinuano in questa delicata materia, come forse in nessun'altra. Equivoci di cui nessuna delle due parti, quella dei fautori e quella degli avversari, va esente, ma che più abbondano forse dal lato dei fautori: il che potrebbe fornire un argomento retorico impressionante contro la dottrina, che riconosce efficacia al silenzio anche indipendentemente dalle positive statuizioni della legge. Uno scritto recente del Perozzi (*Rivista di dir. comm.*, vol. IV, 1906, I, pag. 509), in cui quegli equivoci toccano il culmine, mi ha aperto lo spiraglio (è questo il frutto degli errori dei forti, e mi sembra che se io dirò qualche verità, in contrasto col Perozzi, il merito ne vada anche a lui) a comprendere il vizio essenziale dell'argomento. Non è nell'innocua e chiara parola silenzio ch'esso va riposto, bensì nell'ambiguo senso della parola manifestazione, e l'analisi che proseguiremo ci porterà a distinguere due categorie di rapporti giuridici volontari, quelli in cui si esige una manifestazione in senso proprio, una cosciente e intenzionale estrinsecazione del volere, e quelli in cui non altro si richiede se non l'esi-

(*) Estratto dalla *Riv. di dir. comm.*, V, 1907, I, pag. 105 e seguenti. Intatto, salvo qualche lieve modificazione, desunta dallo studio riassuntivo in *Rend. Ist. Lomb.*, XL, 1907, pag. 607-616.

stenza della volontà, la sua dimostrabilità o riconoscibilità, che in senso traslato si può anche dire manifestazione.

2. La questione generale circa l'efficacia del silenzio deve essere posta separatamente in relazione alla volontà, e in relazione alla manifestazione di essa: Chi tace consente? Chi tace manifesta la volontà? Veramente la critica del Perozzi è diretta, in parte, contro un simil modo di porre la questione; ma vedremo tra breve per effetto di quale smarrimento.

Alla prima domanda la risposta, a mio avviso, è semplice e non dubbia: che il silenzio consapevole di fronte ad altrui dichiarazioni o atti od omissioni, la *scientia et patientia*, implichi o possa implicare una volontà, sia pur fatta di rassegnazione, cioè quella volontà che vi ha per l'appunto nel *pati*, nel lasciar fare, nel lasciar passare, non mi sembra contestabile. A questo comportamento negativo (uso di questa frase contro la quale il Perozzi appunta, non a ragione, come vedremo, le armi della sua sottile dialettica) di chi tace, il quale, non vi ha dubbio, in più casi genera effetti giuridici, io diedi in una mia vecchia nota (1) il nome di *assentimento passivo*. Certamente non vi ha chi non vegga in questo assentimento passivo una volontà più debole, una configurazione quasi anomala e incompleta del processo volitivo; se non che la debolezza di questa volontà non sarebbe certo un motivo per escluderne l'efficacia giuridica, giacchè spesso si dice anche un aperto sì, augurandosi in fondo all'anima che gli effetti della nostra adesione non si verifichino. Il diritto, si dirà, è una macchina inesorabile, che stritola i deboli: e sono deboli coloro che non sanno dir di no a tempo opportuno, quando non siano invece o insieme astuti o falsi.

Più ardua è la risposta dal lato della manifestazione o dichiarazione del volere. E qui appare il vizio più profondo

---

(1) *Foro ital.*, vol. XXV, 1900, parte I, pag. 467 e seguenti [v. sopra I. Studio sul silenzio].

della dottrina, in questo come in ogni argomento relativo alla volontà, di ridurre ad una questione di psicologia ciò che è pura questione di interpretazione del diritto positivo. Dal punto di vista astratto la soluzione del quesito rimane sempre dubbia, perchè, appunto secondo il modo di intendere la manifestazione del volere, si può ritenere che questa vi sia o manchi. Se intendiamo la manifestazione nel senso di una estrinsecazione del subbietto, che — sia in parole o per cenni, sia in atti, cioè sia direttamente, sia indirettamente (1) — abbia il fine consapevole di rivelare altrui la propria volontà, questa manca. Il tacere è precisamente la negazione del parlare. Abbiamo una delle rare locuzioni negative, non riconoscibile nella forma (cioè da una particella negativa premessa, *non*, *nè*, ecc., o apposta come prefisso, come *a-*, *in-*, *s-*, ecc.), ma il cui carattere negativo è chiaro dal non poterne assolutamente definire il contenuto, se non ricorrendo al concetto positivo di cui essa è la negazione. E poichè il parlare in senso lato significa manifestare la propria volontà, il non parlare, cioè il tacere, equivale al non manifestarla. La questione sarebbe risoluta in modo abbastanza semplice.

Ma si comprende che una questione agitata da secoli non può avere un carattere così semplice. Non senza ragione il

---

(1) Credo questa la miglior definizione della manifestazione tacita del volere.

Ma non partecipo d'altra parte lo scetticismo del Perozzi nelle sue belle *Istituzioni* (I. pag. 102, nota 1) e di altri (Dernburg, Ehrlich) sul tema; le varie formule sono, per così dire, fungibili e tutto si riduce sempre all'antitesi tra percezione immediata ed illazione logica.

Credo bensì che il tema della dichiarazione tacita non abbia per se stesso grande importanza pratica, ma non per la ragione che la legge determina, caso per caso, il significato della dichiarazione tacita, bensì semplicemente perchè dove la legge esige la volontà dichiarata espressamente (*nominatim*, *specialiter*) non è all'antitesi tecnica della manifestazione espressa e tacita che essa ha riguardo, bensì a quella della dichiarazione di volontà e dell'effetto legale, *ipso iure*, che altrimenti si verifica. Queste divergenze, ad ogni modo, non turbino il nostro argomento.

Perozzi denuda una cosiffatta illusione e contro di essa rivolge i suoi strali. Ciò che rende il quesito veramente arduo è appunto l'ambiguo significato della parola dichiarazione o manifestazione di volontà. Se invece d'una estrinsecazione in parole, in cenni, o in atti, noi intendiamo per essa la riconoscibilità del volere, la presumibilità o la dimostrabilità della sua esistenza, è certo che questa può aversi. Nei rapporti coi terzi vi sarà, a dire il vero, in casi non troppo frequenti, perchè anche nelle ipotesi che più muovono gli scrittori, per esempio, nel caso di relazioni abituali, in cui siasi sempre tenuta la norma di respingere o rifiutare espressamente, quando non si intendeva accettare, non è detto che la centesima volta in cui non si respinge, si abbia per questo la volontà di accettare: e se non si vuol puntellare la volontà coi criteri della responsabilità o dell'affidamento, coi motivi della buona fede e dell'interesse commerciale, noi dovremo dire che il contratto non si è formato. Ma è certo che i casi in cui la volontà sia riconoscibile non difettano in modo assoluto. Tizio può aver dichiarato, per esempio, la sua volontà alla moglie, al cameriere, al portinaio, pur lasciando senza risposta il proponente. Tizio può anche lasciare che altri, a sua cognizione o in sua presenza, tenendosi però egli rigorosamente muto ed immobile, faccia il nome suo come garante. In questi e simili casi la volontà, se pur non è dichiarata all'altra parte, si può ritenere esistente e dimostrabile; non è presumibile che Tizio, se non vuole, non si opponga che altri in sua presenza, per così dire, lo comprometta, e in questo senso la sua volontà si può ben dire manifestata dal silenzio. La questione si può dunque stabilire nei seguenti termini: si esige nei contratti una volontà manifestata in atti esteriori, *ore vel re*, cioè una vera manifestazione nel senso di una estrinsecazione intenzionale, cosciente, ovvero basta la semplice riconoscibilità del volere? Non bisogna dissimularsi che nell'adoperare le parole manifestazione e dichiarazione per la riconoscibilità del volere, noi usiamo queste parole in un senso traslato e

metaforico; noi infatti veniamo a dire non altro che questo: la volontà è chiara, come se fosse effettivamente dichiarata. In altri termini questa manifestazione senza atto estrinseco è un'immagine logica, non una realtà. Nondimeno la questione non si può nemmeno risolvere con siffatte considerazioni, perchè effettivamente d'una manifestazione di simil genere la legge si accontenta in più casi. La questione non si può discutere da un punto di vista prettamente psicologico e in astratto, ma si deve posarla di fronte ad un dato sistema legislativo: con questo peraltro che, essendo il contratto nella sua nozione e nella sua costruzione ereditato dal diritto romano, noi possiamo all'uopo nel nostro sistema legislativo invocare anche il soccorso della casistica e del pensiero dei giureconsulti romani: è uno dei casi più legittimi in cui l'applicazione dell'art. 3 delle disposizioni preliminari, col suo precetto di risalire ai « principî generali di diritto », ossia ai principî supremi della legislazione italiana, ci rinvia senz'altro al diritto romano.

3. Ma posta la questione sul terreno del diritto positivo, essa vuole essere circoscritta precisamente alla materia dei contratti, o più propriamente al tema del comportamento di alcuno di fronte ad una manifestazione di volontà che gli perviene o lo concerne. Fuori di questa ipotesi è ben raro il caso che la legge esiga la vera e propria manifestazione di volontà. Nessuno è giunto ad imporre una dichiarazione dell'*animus possidendi:* basta nutrirlo e, a un bisogno, poterlo dimostrare plausibilmente (il nostro Codice lo presume senz'altro: art. 687 Cod. civ.), come d'altra parte nessuno è giunto a richiedere la dichiarazione dell'*animus derelinquendi* (1).

---

(1) Potrei anche soggiungere che nel matrimonio romano si esige il *consensus* o l'*affectio* reciproca degli sposi riconoscibile e dimostrabile, ma nulla più. Il carattere duraturo della convivenza rende bensì agevole la prova della reciproca intenzione di esser marito e moglie

Il problema del silenzio sorge, ripeto, quando vi siano due parti, e sorge in ordine al comportamento dell'una di fronte ad una manifestazione di volere dell'altra.

Ora il sistema del diritto romano e del nostro diritto civile riconosce volta per volta efficacia giuridica tanto alla reale e positiva dichiarazione di volontà corrispondente, quanto al comportamento negativo, al silenzio. Possiamo noi soggiungere che i gradi di comportamento cui si riconosce efficacia giuridica sono anche maggiori, perchè alcuna volta si ricollega tale efficacia solo al silenzio consapevole, altre volte anche al silenzio inconsapevole, di modo che l'effetto giuridico sopraggiunge anche se il subbietto che non si oppone è infante o pazzo. Per non complicare la discussione noi porremo di fronte i due tipi, l'estrinsecazione vera e propria della volontà corrispondente e il silenzio.

Ma dato ciò, il primo punto di discussione è il seguente: i due tipi sono, per così dire, fungibili? Risulta dalle fonti romane, in cui l'analisi è così acuta (è questo precisamente il campo in cui il giureconsulto romano eccelle), che la manifestazione in senso proprio e la manifestazione nel senso traslato della riconoscibilità si confondano in un concetto unico, nel senso che in qualunque ipotesi non si esiga propriamente se non quest'ultima? Risulta che il silenzio, in quanto sia indice di una volontà, possa in qualunque istituto, sia pure entro certi limiti, avere efficacia?

Dalle leggi romane balza fuori con la maggior nettezza possibile uno stato di cose contrario. I due tipi non si confondono mai logicamente : sono messi l'uno di fronte all'altro come due tipi, sia in generale, sia nell'àmbito dei singoli istituti. Due istituti perfettamente equivalenti possono differire per questo solo momento, e precisamente un rapporto esula dalla propria categoria, ovvero si scinde, quando

---

e la separa dal concubinato, ma in nessun momento si esige una dichiarazione di tenere la donna come moglie, anzichè come concubina. E per questo solo fatto il matrimonio non è una convenzione.

avvenga che il consenso di un subbietto si abbassi alla misura dell'assentimento passivo o viceversa si elevi sino a quella della manifestazione esteriore, rigettando l'efficacia dell'assentimento passivo. La conclusione sarebbe che non si può, caso per caso, nello stesso istituto esigere ora la manifestazione, ora star paghi al silenzio.

Veniamo alla dimostrazione. La terminologia generale delle fonti romane, intanto, distingue già vivamente i due tipi: la concessione, la rinuncia, la volontà, e la non opposizione, il lasciar fare, *pati*, *scientia et patientia*, *non contradicere*, *non nolle*, *non negare*, *non dissentire*, *non repugnare*. Vi ha un testo generale che è stato, a nostro avviso, da tutti frainteso, anche dopo che all'uopo fu stabilita la sua concreta relazione. Esso è la L. 142, D., 50, 17: *qui tacet non utique fatetur*, *sed tamen verum est eum non negare*. È questo un testo sibillino, si dice, e il Dernburg (1) lo dichiara ambiguo come un oracolo. Richiamando la materia trattata da Paolo, l'autore del frammento, nello stesso libro 56 *ad edictum*, e specialmente ponendo il frammento in rapporto con la L. 1, D. *de confessis*, 42, 2, si è giunti a stabilire che il testo non ha importanza per la questione generale. Il Ferrini va più in là; nelle sue *Pandette* egli trova precisamente in questo testo la prova che il silenzio può essere sufficiente ad indicare l'intenzione delle parti: « L'unico esempio (e precisamente quello ignorato dai trattatisti) di silenzio preordinato a manifestazione di volontà, che le fonti ci offrono, è quello che occorreva nella *in iure cessio* e nella manumissione *vindicta* » (2). Infatti precisamente la *in iure cessio* e la *manumissio vindicta* hanno la forma di una *confessio in iure*. Ora a noi sembra strano che la perspicuità di questo testo generale e della specie cui si riferisce sia sfuggita a tutti i trattatisti, ma talora sfuggono precisamente le cose molto semplici: Paolo vuol dire null'altro che questo, che

(1) Dernburg, *Pandette*, vol. I, § 98, n. 14.
(2) Ferrini, *Pandette*, n. 111, pag. 150.

è la traduzione delle sue parole: chi tace non parla, ma nemmeno nega. Ora (e qui la specie illustra il principio, di cui si potrebbe a prima vista ripetere, come fa il Dernburg, che è ambiguo come un oracolo) vi hanno dei rapporti, in cui occorre il *fateri*, ma ve n'ha pur di quelli in cui basta il *non negare* e il diritto vi addossa in caso di silenzio determinate conseguenze. Tale è precisamente il giudizio. Il magistrato vi interroga; per lui parla la legge, voi siete tenuto a rispondere, o altrimenti siete reo confesso. Non si tratta di stabilire un accordo tra le parti: si tratta di sapere la verità, voi siete tenuto a dirla, e all'uopo il magistrato ha diritto di arguire anche dalle vostre reticenze.

Al silenzio si dà valore di assenso dai giureconsulti romani in una serie di rapporti familiari, ma precisamente ciascuna volta dal tenore del frammento è chiaro o è dichiarato espressamente che trattasi di statuizione positiva; quae patris voluntati non repugnat consentire intellegitur (L. 12 pr., D., 23, 1); intellegi... patrem consentire, *nisi evidenter dissentiat* (L. 7, § 1, D., 23, 1); filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater eius non posset; *nam utique nec dissentire* (L. 12, § 3, D., 49, 15). Così pel matrimonio del figlio, si dice, occorre il consenso del padre, affinchè non gli nasca un *suus heres* contro il suo volere; per la figlia, invece, si osserva, basta il silenzio. Et filiam quidem furiosi marito posse copulari... sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat (L. 25, § 1, C., 5, 4).

Non è chiaro in questa diversità di trattamento che le due forme di assenso non sono equiparate? L'ipotesi è la stessa, la soluzione opposta.

Il silenzio del marito di fronte alla denuncia di stato interessante della donna divorziata vale come riconoscimento della prole futura: ma precisamente le parole del giurista non fanno che accentuare il significato del senatoconsulto Planciano, che pone questa sanzione: POENA autem mariti ea est... debebit igitur respondere (L. 1, § 4, D., 25, 3).

In ordine al consenso della figlia all'esperimento dell'azione dotale, è fatta espressamente la discussione sulla misura di questo consenso: Voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote, *utrum sic accipimus, ut consentiat an vero ne contradicat filia ?* et est ab imperatore Antonino rescriptum filiam, *nisi evidenter contradicat*, videri consentire patri (L. 1, § 2, D., 24, 3). L'antitesi è fatta pure nel modo più netto in ordine all'*actio tributoria* nella L. 1, § 3, D., 14, 5: Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem: sed, ut ego puto, *non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle*. Si igitur scit et non protestatur et contradicit, tenebitur actione tributoria. Alcune volte è la gravità della specie che ammonisce che siamo davanti ad una statuizione singolare, forse interpolata. Per la *fideiussio* in senso tecnico si esige la forma, non basta la volontà; evidentemente nella L. 4, § 3, D., 27, 7, è il *favor pupillorum* che ha indotto i compilatori stessi a prescindere così dalla forma come dalla dichiarazione, e a ritenere obbligato come *fideiussor* l'estraneo presente e tacente, *atque si iure legitimo* (espressione non classica) *stipulatio interposita fuisset*. Questo è all'incirca il caso della *stipulatio tacita* di Giustiniano in ordine all'esperimento dell'azione dotale.

Altra dichiarazione, relativa alla rappresentanza giudiziale senza mandato da parte del prossimi congiunti, in cui l'antitesi non potrebbe esser più chiara, è la seguente: *non exigimus ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur* (L. 40, § 4, D., 3, 3). In breve, da tutti gli esempi discussi nelle fonti romane tanto risulta chiaro: il silenzio non equivale, concettualmente, al consenso nei debiti modi manifestato, ma è, ripetiamo, una forma incompleta ed anomala di consenso. Dove il silenzio basta, si dichiara espressamente che il silenzio basta, che non si esige nulla di più.

4. Ma vi ha un altro argomento di grande rilievo contro i teorici del silenzio, ed è l'argomento storico; sul quale

ebbi a richiamare e richiamo di nuovo l'attenzione degli studiosi. In più casi, nei quali noi vediamo riconosciuto il silenzio, ciò avviene per effetto di una storica involuzione, che riduce il consenso originario ad una misura più blanda; e talora abbiamo appunto questo di notevole, che mentre in origine si riconosceva un contratto speciale, ridotto il consenso dell'una delle parti al silenzio, la nozione del contratto svanisce. Viceversa talora accade il contrario: un consenso che in origine non si richiedeva, o per cui bastava, al più, la misura del silenzio, venne a richiedersi in seguito e allora venne a costituirsi il contratto. Con la maggior precisione la storia si segue nei rapporti familiari. L'antica società patriarcale non tiene conto affatto della volontà, nè del *filiusfamilias* nè della *filiafamilias*, sia nelle nozze, sia negli sponsali; ciò emerge sia dalle fonti del diritto romano (1), sia dalla giurisprudenza etnologica. Il sentimento più fine dell'epoca civile vuole invece il consenso dei figliuoli; e se per il figlio si è giunti a richiedere il suo consenso vero e pieno, per la figlia si sta paghi al suo assentimento passivo, e forse Giuliano soltanto richiedeva il consenso pieno. Viceversa il consenso in origine essenziale del *paterfamilias* alle nozze è stato ridotto esso al mero silenzio, al non dissentire. Ora precisamente nelle origini il *contractus sponsionum stipulationumque* come si chiamavano i reciproci sponsali, correva tra i padri di famiglia; i contraenti di cui si parla nelle fonti sono invece sempre gli sposi. Egualmente nella genuina costituzione familiare non occorre certo il consenso del *filiusfamilias* all'adozione. Giustiniano propende, naturalmente, secondo lo spirito del tempo ad aver riguardo anche alla volontà dell'adottando; ma in questa forma limitata, per cui basta il *non contradicere*.

Analogamente, se la pubblica utilità riduce il consenso del padre al decurionato, pel quale il padre diviene responsabile degli oneri che gravano sul figlio, alla misura del *non*

(1) [V. sopra, I. Studio sul silenzio, pag. 154].

contradicere, è questo precisamente un effetto della decadenza degli ordini municipali, e delle tendenze note dei bassi tempi, poichè precisamente i tre testi classici relativi (1), per la logica del discorso e la lingua, sono, a mio avviso, sicuramente interpolati.

5. Che se consideriamo il lato dommatico della questione, anche qui appare manifesto che il sistema romano non confonde il silenzio e il consenso pieno. L'efficacia del silenzio è talora circondata di cautele speciali, talora è limitata, talora assurge ad istituti particolari. La relocazione tacita è limitata ad un anno, anche se il contratto iniziale recava un termine superiore. Essa è ammessa nei fondi rustici, esclusa nei fondi urbani (2). Non è chiaro che siamo dinanzi a statuizioni legislative arbitrarie e positive? Dov'è la logica dei mezzi di manifestazione? Nel condominio, chi vuol conservare intatto il suo diritto di fronte alle innovazioni del socio deve opporsi. Ma diverso è il trattamento di chi consente e di chi tace. Il primo non ha azione nè per la demolizione dell'opera, nè per i danni; il secondo non può agire per la demolizione, ma può ben agire per i danni (3). Frequente è il caso in cui l'efficacia del consenso è ricongiunta al decorso di un determinato tempo. Il silenzio di fronte all'arbitrato ha l'efficacia dell'accettazione, ma dopo dieci giorni dalla sua pronuncia. Il silenzio del proprietario di fronte alla notifica dell'enfiteuta che egli intende alienare ha effetto di consenso, ma dopo due mesi. E in genere, in materia di prova al silenzio durato per un certo tempo non può mai esser rifiutata una certa efficacia. Ma questo stesso fatto della frequente efficacia giuridica o probatoria del

---

(1) L. 2 pr., D., 50, 1, interp. *consensisse — non contradixit;* L. 7, § 3, D., 50, 2, interp. (si esige nientemeno l'attestazione contraria *solenne* per escludere il consenso!); L. 1, Cod., 10, 62 (60), interp.: *consentire autem — nominationi.*

(2) L. 13, § 11, D., 19, 2.

(3) L. 28, D., 10, 3.

silenzio accompagnato dal requisito d'una notevole durata, dimostra che il silenzio di per sè, quando la legge non dice nulla, non ha alcuna efficacia. Coloro che discutono sul silenzio e accordano ad esso effetti non sanciti dalla legge, negano uno dei diritti della natura, il diritto di tacere; e poco importa che di questo, come di ogni altro diritto, si possa abusare. Ben può questo diritto essere limitato dalla legge, ed allora avremo dei casi in cui il silenzio vincola giuridicamente; può esser limitato negli usi sociali, dalle convenienze, ed allora il silenzio vincola moralmente. Ma ciò vuol dire (e come negarlo?) che anche nella vita sociale vi hanno obbligazioni nascenti appunto da leggi sociali.

Qui tacet non utique fatetur, ecco il principio contrattuale. Il *non negare*, il *non repugnare*, il *non dissentire*, il *non contradicere*, il *non nolle*, ha sanzione specifica e positiva nelle serie di ipotesi straniere all'idea del contratto, come la *confessio in iure*, cui si riferiva il giurista.

Certo nella pratica (ripeto quel che ebbi a dichiarare nella mia prima nota) la questione non si presenta così netta come in teoria: perchè si può dubitare talora se alcuni atti siano insignificanti o abbiano valore di manifestazione di volontà; ma la dottrina non può che rispondere, come appunto in una ipotesi di simil genere il giureconsulto romano risponde: *facti quaestio est.* In simili casi è il giudice, è la società che dànno la risposta, e precisamente essa può variare nel tempo, può variare da popolo a popolo. Un alzar lieve del capo a Napoli e in Sicilia significa dir di no, ed è quasi l'unico modo col quale il napoletano o il siciliano dice di no; esso è un atto insignificante per un lombardo. Viceversa può accadere che per un cinese non abbia alcun senso il nostro abbassar del capo per dir di sì.

La vettura pubblica, per il fatto stesso che è ferma nella piazza, si offre a tutti, e chi vi monta non fa che accettare un'offerta fatta. Ma ciò avviene precisamente perchè nella nostra società il vetturino che sia fermo nella piazza con la sua carrozza offre di trasportare senza distinzione qualunque

persona del pubblico per una determinata tariffa. Ma allorchè simili atti, indifferenti un tempo, acquistano un significato, escono fuori dalla categoria del silenzio; una simile evoluzione si osserva nel linguaggio stesso.

6. Ed ora possiamo come riprova della nostra teoria sottoporre a critica, da un punto di vista generale, la dottrina avversaria. I fautori del silenzio si possono scindere in due correnti: l'una che riconosce nel silenzio l'assenza di qualunque manifestazione, e l'altra che scorge in date circostanze una reale manifestazione di volontà nel silenzio. Non tutti gli autori si rendono conto esattamente di questa posizione reciproca, perchè, abbiamo detto, in una materia così delicata, le fluttuazioni e le ambigue dichiarazioni sono frequenti; ma quando non risulta dalle loro dichiarazioni stesse, è riconoscibile — diciamo pure così, colle parole del nostro tema — questa loro posizione dal modo di giustificare l'efficacia del silenzio. Tutti gli scrittori, i quali invocano l'onestà, la buona fede, l'obbligo di parlare, che in sostituzione della parola pongono il *debuit loqui*, *potuit loqui*, esplicitamente o implicitamente, concedono che il silenzio non è una manifestazione della volontà. Ora con qual diritto alla manifestazione del volere si sostituiscono elementi etici eterogenei? Con qual diritto si fa a meno della dichiarazione? Anche il fondarsi, come fa il Ranelletti, sull'affidamento generato nell'altra parte dal silenzio, è movente etico e non spiega perchè dalla dichiarazione si prescinda.

In una posizione più favorevole sembrano esser coloro i quali non invocano elementi etici d'altra natura a sostituire la volontà nel contratto, ma vedono precisamente nel silenzio, in circostanze determinate da valutarsi dal giudice, una forma di manifestazione della volontà. Nessuno afferma questa posizione più recisamente del Perozzi. Com'è chiaro, oramai, l'equivoco fondamentale di questi scrittori è di confondere la manifestazione del volere che, come crediamo di avere dimostrato, è il requisito che la legge esige, con la

riconoscibilità del volere stesso. Nulla mostra tanto la necessità di distinguere i due sensi della manifestazione del volere, quanto la serie degli equivoci in cui si immerge il Perozzi, il quale ha percorso a fondo questa via.

Il Perozzi comincia dall'asserire che il problema è ozioso. Nulla, egli esclama, giustifica la presenza nella scienza del problema chiamato: il silenzio nella conclusione dei contratti.

Questo modo di esprimersi è singolare e richiama un poco la dichiarazione di quel filosofo, che negava *ex cathedra* il moto, e continuava a negarlo, benchè gli allievi si mettessero a fargli la ronda intorno per dimostrargli coi fatti il contrario, o di quell'altro ancor più eroico e degno della sua scuola (il dottor Pangloss dell'antichità) che, lacerato da atroci sofferenze fisiche, nel suo letto di dolore esclamava fieramente: tu non mi indurrai, o dolore, a confessare che sei un male. In realtà tutto l'articolo del Perozzi, ha, come vedremo, una intonazione nella sua negativa più filosofica che giuridica, anzi è pregno di filosofia: poichè, si sa bene, soltanto la filosofia insegna che il mondo non ha realtà, che noi stessi non siamo che apparenze, che tutto è vuoto e buio e l'universo è il nulla. Noi però non possiamo salire a queste altezze: noi dobbiamo ragionare con quantità sociali, col linguaggio comune. Il silenzio non esiste, il silenzio è impossibile, ecco la tesi del Perozzi, ed ecco il suo ragionamento. « Prima della dichiarazione altrui non può esserci l'inazione in discorso per la mancanza di un nesso necessario tra il nostro contegno e la dichiarazione ricevuta. Quindi l'ipotesi del silenzio scompare per questo motivo. Dopo scompare per un motivo opposto. Perchè cioè dopo quel momento la parte che ha ricevuto la dichiarazione prende, tolto il caso di un impedimento fisico, volente o nolente, posizione di fronte alla dichiarazione e quindi essa agisce (positivamente o negativamente) in relazione alla dichiarazione » (1). Questo ragionamento è bellissimo in

(1) *Istituzioni*, vol. I, pag. 103, nota 2.

bocca a un saggio dell'antica Ellade o anche a uno scolastico medioevale: leggasi nel penultimo capitolo dei *Promessi Sposi* la serrata dimostrazione di don Ferrante che il contagio non è nè sostanza, nè accidente, e quindi « il contagio non esiste, il contagio è una chimera ». Ma il prudente romano, uso a trattare con gli elementi, *quibus vitae societas continetur*, chiama impropriamente, se così vuole il Perozzi, seguendo « usi volgari » e sulla scorta « di un umile criterio linguistico (pag. 515) », cioè di un criterio desunto da quello strumento che è lo specchio delle nostre idee, dei nostri sentimenti, dei nostri pregiudizi, chiama, dico, silenzio l'agire negativamente, come egli si esprime in questo passo, e noi abbiamo per secoli seguìto i Romani su questa via. Fu un errore? Si deve mutar rotta?

Nulla di impossibile, per quanto, ripeto, il salire a troppo eccelse vette sia pericoloso. Ma il vero è che l'oscuro paradosso del Perozzi ha radice da un lato in una valutazione non esatta della letteratura sull'argomento, dall'altro in una catena di equivoci.

Vedremo or ora gli equivoci. Rileviamo subito le inesattezze. Sull'esordio del suo brillante studio il Perozzi, premesso che « il vizio » del problema è riposto nella parola silenzio, prosegue: « Chiunque tratta del nostro argomento muove da una premessa, sulla quale non v'ha discussione, e cioè che per fare un contratto occorre che due persone manifestino delle volontà corrispondenti. Se le due manifestazioni corrispondenti avvengono, il contratto si forma; se manca l'una e tanto più se mancano tutte e due, il contratto non si forma. Dunque nessuno dovrebbe poter intendere per silenzio il fatto della mancanza di una manifestazione del volere ».

Tale non è, dicemmo, l'avviso della schiera più abbondante dei fautori.

Cito uno degli autori, che ciò esplicitamente dichiara, il Ferrini: « Lo stesso silenzio (inteso come omissione di qualunque manifestazione) può esser sufficiente ad indicare

l'intenzione » (1). Il punto, ad ogni modo, ha lieve importanza, e certo il linguaggio ha in tutti gli scrittori notevoli fluttuazioni, ma precisamente, come spero di avere dimostrato, pel significato veramente equivoco della parola manifestazione.

Ma l'errore del Perozzi è ben più profondo; ed è naturale, perchè nulla è più terribile del lanciare fuori di strada una potente macchina in movimento.

Il Perozzi presenta la soluzione del problema in due forme. Nelle *Istituzioni* egli si esprime così: « Il fatto di aver ricevuto una dichiarazione di volontà esercita effettivamente un' influenza nel senso di dar valore di manifestazione ad un'attività di chi la ricevette che altrimenti codesto valore non lo avrebbe, ma non la esercita in modo uniforme. A lato a casi in cui ciò si verifica ne abbiamo altri in cui, operando con la sola idea di manifestazione del volere, si dovrebbe venire alla stessa conclusione e *il diritto non vi perviene* » (2).

Ora che cosa è questo? Vuol dire il Perozzi che i precetti positivi del diritto possono liberamente statuire che il silenzio, *pardon*, quel certo non so che, valga o non valga? Dalle specie che il Perozzi richiama in nota parrebbe così: « Ad esempio, non si rinnova il mutuo lasciando che il mutuatario conservi la somma; ma si rinnova il precario a tempo lasciando il precarista sul fondo ». Ciò è verissimo, ma precisamente perchè in ordine al precario, che d'altra parte non è per i giureconsulti classici un contratto, il diritto ha così stabilito. Ma con quella dichiarazione e con quegli esempi il Perozzi si schiera, senza avvedersene, tra gli avversari più recisi dell'efficacia del silenzio.

Nel suo studio speciale non è più al diritto che egli si richiama, bensì al magistrato. « Il giudice, insegna il Perozzi, non deve mai muover dall' idea di silenzio, ma da quella di manifestazione del volere. La manifestazione del volere è il

---

(1) Ferrini, loc. citato.
(2) *Istituzioni*, vol. I, pag. 103.

risultato d'un contegno, che in relazione ai più diversi punti di vista si potrà qualificare per un fare o un non fare; ma egli non deve considerare se è un fare o un non fare che in relazione all'idea se fu o no manifestato un volere. E se si persuaderà che fù manifestato, allora dirà che si è parlato. E se si persuaderà che non fu manifestato, allora dirà che si è taciuto ».

Criterio del giudice, insiste il Perozzi, è il sentimento sociale: « Al giudice non si chiede che di esser perito, di giudicare di un fatto; se quel dato contegno, quel non dir no vale socialmente dir sì, e quel dir sì vale dir no. Regole da suggerirgli in proposito non ve ne ha. Gli si può dire di andar cauto, ecco tutto: di non dare il significato di manifestazione di un dato volere ad un contegno, se non sia ben fermo che ha nella società assunto cotesto significato. Il che vuol dire che nei casi pratici si divideranno sempre le opinioni. Anche questo fatto: se un contegno ha socialmente un dato significato non è di quelli che si misurano a metro. E dove manca una misura precisa, ivi per forza le incertezze nel giudizio sono inevitabili ».

Con mirabile efficacia è tratteggiato questo valore del criterio sociale: « Come la società fa i dizionari, le grammatiche, le combinazioni delle lettere scritte rappresentative dei suoni, come fa i gesti che sostituiscono le parole e i discorsi, così fa tutti gli altri comportamenti espressivi delle volontà, che servono al commercio tra uomini, finchè gli interessati non abbiano stabilito diversamente » (1).

Ora, di nuovo, che cos'è questo discorso? Simili dichiarazioni corrispondono a capello alle nostre conclusioni, e senza immaginarlo, il Perozzi ripete le idee, con le quali io chiudeva la mia prima nota di giurisprudenza: « In teoria il silenzio si distingue nettamente dalla manifestazione tacita di volontà, in pratica non sempre. Ma la questione non è giuridica, bensì questione di fatto e d'interpretazione del

(1) *Riv. di dir. comm.*, 1906, I, pag. 424 e 522.

fatto, e può aver luogo in proposito una di quelle evoluzioni che a torto si battezzano per evoluzioni giuridiche, mentre non sono che svolgimenti sociali, come avviene circa i numerosi modi in cui la società più evoluta scorge una tradizione o trasmissione di possesso, che la società primitiva non poteva assolutamente scorgere. È manifesto infatti che alcuni atti indifferenti e insignificanti ad un momento dato non si possono interpretare se non come puro e semplice silenzio nel sentimento sociale dell'epoca, mentre in un'epoca progredita possono acquistare un significato e valere come consenso tacitamente manifestato. La pratica potrà quindi offrire in proposito alcuni delicati problemi, ma la teoria giuridica non può che rispondere: *facti quaestio est* » (1). L'accordo è mirabile: entrambi ci richiamiamo al giudice e al fatto, entrambi facciamo appello al sentimento sociale. Ma ciascun vede, io credo, la divergenza remota ed è in grado ormai di valutarla. *Quando un dato atto assume nella società un significato positivo, chi lo compie coscientemente non tace:* il lombardo che alza il capo compie un atto estraneo o insignificante, cioè tace: il siciliano dice di no, cioè parla: la carrozza che è sulla piazza si offre, ed io vi monto senz'altro; ma non oserei montare con la stessa disinvoltura su di una portantina giapponese, poichè ignoro i costumi di quel popolo ancor più di Pierre Loti, se è possibile; ignoro, vale a dire, se quivi lo star fermo il veicolo in una piazza abbia lo stesso significato positivo che ha presso di noi (2).

---

(1) *Foro ital.*, loc. cit., pag. 471 [v. sopra, pag. 157]. Da questa coincidenza dommatica, da talune critiche personali e dalla non esatta valutazione delle fonti romane mi sembra che Perozzi non abbia presente quella mia prima nota. Quando, per esempio, asserisce che « non si può sapere sin dove si restringa il Bonfante » nel qualificare i casi pratici come casi o no di silenzio (*Riv. di dir. comm.*, 1906, I, pag. 515), par certo che egli non abbia presente il criterio sociale quivi da me formulato, che ci accomuna.

(2) Che se la società esiga in un dato rapporto il vincolo, riconoscendo pure l'assenza di una vera manifestazione di volontà, essa

Ma qui siamo appunto giunti al culmine della dimostrazione generale del Perozzi: « Io chiedo: esiste forse una categoria di atti che si possano dire in senso assoluto *positivi?* E un'altra antitetica di atti che si possano dire in senso assoluto *negativi?* Evidentemente no. Un atto è positivo o negativo sempre in funzione di qualche idea di atto. In funzione dell'idea dell'atto *camminare*, chi sta seduto fa atto *negativo:* in funzione dell'idea dell'atto *sedere*, chi sta seduto fa atto *positivo:* siede. In funzione dell'idea dell'atto *studiare*, uno studente che si affatica tutto il giorno negli sports fa atto *negativo:* in funzione dell'idea di atto *educare fisicamente il proprio corpo*, fa atto positivo ». E appresso, confutando il Pacchioni, osserva che con egual ragione si può dire del silenzio che è un atto positivo: « È negativo in funzione dell'idea di *parlare;* ma in funzione dell'idea di tacere è positivo. Che cosa direbbe il Pacchioni se io dicessi che il *parlare* è un fatto *negativo?* Eppure io non ho per dimostrar ciò che a scrivere sulla sua falsariga così: chi parla fa atto negativo, perchè chi parla non tace. Chiedo scusa al lettore se debbo scrivere di questi truismi; ma come fare altrimenti se questa faccenda dell'atto positivo e negativo minaccia di perpetuare un quesito impossibile? ».

Abbiamo in queste paradossali dichiarazioni, che paiono fatte per gioco e pure dominano tutto il ragionamento e tornano ripetutamente nel corso di esso come verità evidenti, la cui sola enunciazione deve conquidere, lo schietto sofisma della *ignoratio elenchi.* Il Perozzi scambia la categoria dell'idea positiva e della sua negazione, con quella degli atti antitetici. Le antitesi sono variabili, e si possono precisamente rovesciare: l'antitesi del bello può essere tanto il brutto, quanto il buono o l'utile, secondo il punto di vista; al vizio dell'avarizia può tanto corrispondere la virtù della

---

abbandona il terreno del contratto e il valore da attribuire al sentimento sociale in simili ipotesi dipende dal valore della consuetudine; nel diritto commerciale si può bene in simili casi stabilire *ne' debiti modi* l'esistenza dell'uso.

liberalità, come nell'insegnamento della Chiesa, quanto il vizio della prodigalità, che fa alle pugna con essa nel quarto girone dell'Inferno di Dante. Ma ad un'idea positiva non corrisponde che una sola negazione, e la negazione della negazione non è che una forma retorica per ripristinare in una misura più blanda l'idea positiva. Si sa, ad esempio, che di questa forma retorica la letteratura latina si compiace; è trito insegnamento delle grammatiche che due negazioni affermano. Le idee negative esistono, precisamente: e sono tutte le locuzioni, a cui è premesso un *non*, *nè*, o altra particella negativa, che può esser talvolta fusa colla parola in forma di prefisso negativo: *a* —, *in* —, *s* —, ecc.; talora la composizione della parola non è più riconoscibile, ma il suo valore negativo è sempre logicamente chiaro: tale è precisamente il tacere, che non significa altro che il non parlare. Quando di un vocabolo, ripetiamo, non si può dare alcun concetto, se non ricorrendo all'idea positiva, esso precisamente non ha un contenuto suo proprio, salvo la negazione. Al camminare il Perozzi non deve contrapporre in senso negativo il sedere, nè allo studiare il divertirsi, ma precisamente il *non camminare*, il *non studiare* (1).

Nella valutazione del linguaggio romano il Perozzi si pone nella più aspra contraddizione coi giureconsulti romani. « Checchè si dica in contrario, quei testi dove il *non contradicere* è parificato al *consentire* negli effetti, pur opponendo quello a questo, non provano affatto che i Romani non vedessero nel *non contradicere* una manifestazione di assenso, tutte le volte che la parificazione degli effetti si concede solo data la scienza del non contraddicente del detto o del fatto altrui, perchè altrimenti il requisito della scienza non avrebbe scopo alcuno. Onde l'antitesi tra *consentire* e *non contradicere* non cade mai tra manifestazione e non

(1) È notevole come questo sofisma tragga il Perozzi a considerare come stati negativi rispetto al parlare il *sognare*, il *dormire*, il *cadere*, che anche come antitesi sono termini malamente scelti, in quanto non escludono il parlare (*Riv.* cit., pag. 514).

manifestazione di volontà, ma tra modo e modo di manifestazione, l'uno consistente nel manifestare la volontà col dir sì e l'altro col non dir no » (1).

E appresso: « I giuristi usano il linguaggio comune. Ed è naturale che ora parlino di *velle*, di *consentire*, di *fateri*, ed ora di *non contradicere*, *non negare*, *non nolle*, di *scientia*, di *patientia*, a seconda dei mezzi di manifestazione » (2). Ora non è a seconda dei mezzi di manifestazione che i giureconsulti romani adoperano questi termini, bensì a seconda degli istituti, ed avvertono ripetutamente che il *non contradicere* non equivale al *consentire*, al *fateri*. Noi vediamo svanire il contratto, allorchè l'assenso dell'una delle parti è ridotto al *non contradicere*. Noi vediamo nella stessa ipotesi e nello stesso testo sancito in ordine al figlio « il matrimonio non è valido, perchè occorre il consenso paterno », in ordine alla figlia « è invece (quidem) valido, perchè basta il *non contradicere* »; vediamo l'evoluzione o l'involuzione storica alterare i requisiti giuridici e ridurre alla misura del silenzio un consenso pieno originario, e viceversa: vediamo asserita la singolarità dei casi, vediamo farsi dipendere l'effetto giuridico o probatorio del silenzio dal concorso di altri requisiti e sovrattutto dalla forza irresistibile del tempo. Tutto questo doveva valutare il Perozzi: il suo pensiero è troppo personale, troppo egli si isola dal pensiero dei giureconsulti antichi e dei più modesti cultori dell'odierno diritto. Possiamo esser d'accordo con lui che vi ha o vi può esser pure nel silenzio una manifestazione di volontà; ma, giova sempre ripeterlo, in un senso profondamente diverso, ed è una diversità, quel che più monta, pei Romani inconciliabile colla manifestazione che si richiede da chi contrae.

Non è che i Romani non ritrovino eventualmente una volontà anche in colui che tace (altrimenti che senso avrebbe

---

(1) *Riv. di dir. comm.*, 1906, I, pag. 520.
(2) *Ibid.*, 1906, I, pag. 521.

le massima *consensus facit nuptias?*), ma non veggono mai nel tacere una manifestazione *in senso proprio:* il silenzio potrà esser indice della volontà, sufficiente a dimostrarne la esistenza e basterà in tutti quei casi in cui non si richiede se non l'esistenza della volontà. Alla dichiarazione del Perozzi « il negare che si possa manifestare un volere col solo non manifestare che quel volere non si ha, è un ribellarsi all'evidenza più certa » (pag. 518); io ne oppongo un'altra, che è, se vuolsi, la correzione di quella, ma che rovescia l'argomentazione: « Il negare che vi siano rapporti giuridici, in cui occorre la dichiarazione, e rapporti giuridici, in cui basta la mera esistenza del volere e che le due categorie sian nettamente separate, è un ribellarsi alla evidenza più certa ».

Il Perozzi incolpa ripetutamente di tautologia (pag. 511, 513, 514) la mia espressione « chi tace non manifesta il volere ». Egli non intende certo con questo di muovermi un grande biasimo. Ma l'*humour* con cui colorisce questo rilievo mostra che al forte dialettico sa di sciocco la logica semplice e sana. Non è colpa mia, se la premessa minore di un sillogismo riesce in una delle sue tipiche forme una tautologia e se vi hanno sillogismi di una logica elementare. Dicono anche i Romani *qui tacet non utique fatetur*, ed io traduco. La questione doveva esser dal Perozzi impostata sulla premessa maggiore.

È necessaria ai contratti la manifestazione vera e propria, il *fateri*, o basta quella riconoscibilità del volere, che risulta dal *nec negare* e che il giureconsulto nel passo oppone precisamente al *fateri?*

7. Se dai ragionamenti astratti in cui il Perozzi può turbare le menti col sofisma brillante ed aggirante, scendiamo agli esempi concreti, la terribile serie degli errori manifesta che nessuno più gravemente dell'autore, nonostante il suo poderoso intelletto, è stato colto nelle reti del suo gioco dialettico.

Esaminiamo ad uno ad uno gli esempi:

1° « Un viandante passa dinanzi ad un'edicola, prende zitto zitto un giornale da un soldo e mette il soldo dinanzi al giornalaio, il quale sta zitto ed immobile a guardarlo, lascia il soldo, dove il viandante lo ha messo e lascia andare il viandante col giornale. Questo non è un caso che si ponga tra quelli di silenzio. Eppure non è anche qui da uno sfondo di circostanze che si desume che le parti con la loro muta condotta manifestano le volontà costitutive di una vendita reale? Se non si dà valore allo sfondo delle circostanze, che mostruoso formalismo dovrebbe entrare nella vita giuridica pur ammettere manifestato un volere! ». E più sotto: « Perchè dovrei dire delle parole io, o ne dovrebbe dire lui? Violeremmo entrambi a far ciò la legge del minimo mezzo ».

Questo esempio non si pone, come nota l'autore, tra quelli di silenzio ed è ragionevole che non vi si ponga. Vi ha, secondo gli usi, un'offerta fatta ed un'accettazione ultrapositiva nel deporre la somma. Il contratto è perfetto in tutti i suoi elementi. L'autore invoca la legge del minimo mezzo ed a ragione, perchè la maggior parte delle contrattazioni quotidiane si compiono così; ma dal silenzio siamo assai lontani.

2° « Se l'amico chiede all'amico 100 lire, a mutuo per un mese, costui, volendo prestargliele gli consegnerà un biglietto da 100 senza nulla dire. Perchè dovrebbe aggiungere che gli dà le 100 lire a prestito per un mese? » Non occorre che l'aggiunga, infatti: la consegna delle 100 lire è un atto che vale più della propria firma o della promessa di dare le 100 lire in giornata e significa una tacita o reale adesione a tutta la proposta dell'altra parte.

3° « La persona di servizio che bussa all'uscio del mio studio mentre sa che vi sto solo intento a scrivere, non attende il mio avanti per entrare; entra, sia nella sua intenzione e sia nel fatto, col mio consenso, se solo non le ordino di non entrare. Il viandante, che per abbreviare

la via attraversa un fondo, fa ciò presumendo il consenso del proprietario e questi, se lo scorge, consente all'atto già avvenuto e alla traversata ulteriore, col solo non opporsi al passaggio; un permesso di passare non richiesto avrebbe l'aria di un rimprovero ».

Il primo esempio non è nè serio nè giuridico; e mal si discute, in simili casi, quando gli esempi non hanno carattere giuridico. Altri può aver educato la sua domestica con un regime più severo, in modo che essa non si prenda la libertà di entrare dopo chiesto il permesso, ma ripeta la domanda, sinchè non l'abbia ottenuto, svegliando, ad un bisogno, il padrone dalla sua distrazione. Tutto dipende dalla *consuetudine della casa*. Per fortuna il secondo è un esempio giuridico perfettamente parallelo. Ora in questo esempio abbiamo un *pati*, un tollerare, e null'altro si richiede perchè il viandante non sia responsabile di una lesione giuridica. Il proprietario non consente, propriamente; si riserverà in cuor suo di vietare gentilmente il passaggio, se la cosa diventa abituale. Ma, direbbero i Romani, intanto se il passaggio non è avvenuto *consentiente domino*, non è però avvenuto *invito domino*. Siamo dunque fuori del punto di vista contrattuale e delle manifestazioni di volontà.

4° « Il venditore a cui l'acquirente dice di ritenere la merce, perchè manderà in giornata a ritirarla, non dichiara altrimenti di accettare di ritenerla e custodirla, che non insistendo perchè sia ritirata immediatamente ».

Anche qui, come nel caso dell'amico, conchiuso il contratto, è tanto poco necessaria una risposta a questa proposta accessoria dell'acquirente da parte del venditore, che questi sarebbe obbligato a custodire la merce, anche se l'acquirente non facesse nessuna dichiarazione; la dichiarazione dell'acquirente non serve che a rassicurarlo e ad ammonirlo che non mandi la merce.

5° « Lo Stato italiano compì la recente conversione della rendita, agendo bensì come sovrano, ma mettendosi nella sua azione in un punto di vista contrattuale. C'è nes-

suno, ora, il quale non riconosca che esso si trova da cotesto punto di vista in piena regola, ritenendo che chi non presentò i suoi titoli di rendita per la conversione acconsentì a prestargli i suoi quattrini non più al 4 % netto, ma ad un tasso d'interesse inferiore? Eppure la condotta di questi creditori si riduce a non aver manifestato la volontà di non rinnovare il prestito alle nuove condizioni, astenendosi dal presentare i titoli e percepire la somma capitale prestata. I nostri contraddittori dovrebbero dire invece ciò che nessuno si è mai sognato di dire, ossia che il nostro Stato ritiene le somme prestategli, che offrì di rendere ad un tasso inferiore senza il consenso dei suoi creditori, perchè questi non dissero sì, ma soltanto non dissero no, perchè non fecero ».

L'autore ha creduto con questo esempio di passare dagli umili casi « alle grandi applicazioni », recandone una. Ora la prima grandiosa applicazione è un esempio semplicemente mostruoso. Dico questa parola, perchè l'errore è grave, non perchè non sia facile. Se vi è incorso un intelletto come il Perozzi, ciò vuol dire che esso è estremamente facile, anche ad un giurista. Lo Stato si trova in piena regola, soltanto perchè la legge ha autorizzato la conversione. Che l'atto sia sostanzialmente giusto non discutiamo, ma non si sogni il Perozzi di dire che qui abbiamo un contratto in piena regola tra lo Stato e i creditori, di cui buona parte non seppe nulla della conversione, buon numero era nell'impossibilità di sapere, di volere, e di fare, di recarsi, ad esempio, nel brevissimo lasso di tempo a Parigi, Berlino, Londra, le piazze in cui i possessori esteri potevano esigere il rimborso. Evidentemente avremmo qui un contratto non già senza manifestazione, ma eventualmente senza volontà delle parti! Siamo in realtà in uno di quei casi ben definiti dai giureconsulti romani, in cui si accorda efficacia al *non contradicere*, anche di fronte all'impossibilità materiale di contraddire. Ciò che sana tutto è la legge o, se si vuole, la natura speciale delle obbligazioni dello

Stato. Potrebbe compiere la conversione il potere esecutivo? Potrebbe nei modi stessi dello Stato compierla un privato, una grande società per le sue obbligazioni?

6° « Per manifestare l'animo di derelinquere il sigaro cadutomi di bocca nel fango, dovrei chinarmi a raccoglierlo e poi gettarlo via o dargli almeno un calcio con la punta del piede, perchè il tirar diritto per la mia via non sarebbe un fare? O si vedrebbe un fare nel lasciarlo dove era e nell'allontanarmene? Quando il cameriere mi dà il resto ed io intasco tutte le altre monete, meno una che lascio nel piattino a titolo di mancia, ho io manifestato l'animo di donarla al cameriere, perchè ho fatto, lasciandola, o non lo ho manifestato, perchè non ho fatto, non prendendola, e non consegnandola al cameriere e non dicendogli una parola? Quali angosciosi problemi! ».

Il primo esempio non è un contratto: alla derelizione occorre l'*animus derelinquendi*, ma non la dichiarazione di esso. Il secondo esempio è di una soluzione assai facile: siamo dinanzi a uno dei più notevoli casi di offerta fatta *re*. Ma fosse pur di soluzione difficile, a chi è diretta l'esclamazione ironica: quali angosciosi problemi? Non si accorge il Perozzi di rivolgerla a sè stesso per la manìa di far dello spirito con esempi frivoli? Nessuno pensa infatti che quando avvenga che sia in gioco qualcosa di più che il mozzicone di sigaro o il soldino di mancia valga la spesa di raccogliersi e meditare. Anche la pura teoria vuole casi seri, perchè solo i casi seri sono pratici.

7° « Gli offerenti all'asta pubblica fanno spesso gli aumenti col solo strizzare l'occhio in modo da esser visti dal banditore. Questo modo appena percettibile delle palpebre lo si accetta come mezzo di manifestazione con la scusa che è un fare, e non si vuol accettare come mezzo di manifestare il nostro consenso che un povero diavolo faccia legna nel nostro bosco, il non opporsi al suo ingresso in esso, il lasciar raccogliere legna in nostra presenza, ed andarsene con la legna raccolta con la scusa che si ha un

non fare? Chiedo: se invece di venire in questione il valore del comportamento del proprietario nei riguardi civili, venisse in questione nei riguardi penali, per determinare cioè se chi fece legna commise un furto, ci sarebbe alcuno disposto a sostenere che si ha in tal caso una *contrectatio invito domino?* ».

Uno strizzar d'occhio è un atto, sia pur minimo, che rappresenta un *dire* e non un *fare*, perchè siamo d'accordo che il *nutus* rientra nella manifestazione espressa. Quanto alla seconda ipotesi, nessuno certo sarebbe disposto a sostenere che il terzo, il quale raccoglie legna in presenza del proprietario, commetta furto, perchè a escludere il furto basta che il terzo non agisca *invito domino*, cioè basta il *pati*, l'assentimento passivo.

8° « L'autore passa ai testi romani e cita la L. 31, § 1, D., 39, 5: *Species extra dotem a matre filiae nomine viro traditas filiae quae praesens fuit donatas et ab ea viro traditas videri respondit.* Qui la figlia sta muta come un pesce ed immobile come una statua e tuttavia manifesta la volontà di acquistar il possesso ed il dominio delle cose e di traderle al marito col solo manifestare che non vuole ciò (cioè, come deve leggersi, correggendo l'errore tipografico, « col solo *non* manifestare »).

Ora dovrò io ricordare ad un maestro della donazione, che la donazione per sè non è un contratto? Che l'*animus* di acquistare si deve bensì nutrire, ma non occorre farlo manifesto all'altra parte? Dovrò ricordare al maestro della tradizione che non è contratto la tradizione, dovrò io farmi forte della sua tesi che tutto è riposto nella volontà del tradente e quella dell'accipiente non conta nulla? Io non giungo per vero a tal punto, e credo che occorra la volontà dell'accipiente non di acquistare la proprietà, bensì di acquistare la signoria sulla cosa, la *possessio* nel senso romano, credo che occorra l'*animus possidendi*, ma certamente non reputo che sia necessaria una dichiarazione di questo *animus*, non reputo che la tradizione sia una *conventio*.

9° « Tizio dona ad una donna una cosa che crede sua, e che è del marito; dice ora la L. 44, D., 24, 1: *si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit, nec volet et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis.* Il marito manifesta dunque l'animo di donare, cioè di voler che la donna acquisti il dominio della cosa senza causa, col solo manifestare quello che non lo acquisti, astenendosi dall'unico atto che rivelerebbe il suo non volere, cioè dalla rivendicazione della cosa ».

Il Perozzi dimentica una cosa: che si tratta di *iusta causa usucapionis* circa la quale tutto il peso è sugli elementi obbiettivi.

10° « Un altro testo è la L. 34, D., 24, I. La donna dona al marito delle cose che questi costituisce in dote alla figlia comune: se *uxor passa est eum pro filia in dotem dare benigne dici potest ex sequenti consensu valere dotis dationem.* Ecco un *pati* che dobbiamo raffigurare come un *non dir no*, chiamato esplicitamente *consensus* ».

La donna non ha bisogno di manifestare una volontà che ha già manifestata. Finchè non dice di no, s'intende che essa perduri. Depone piuttosto a favor del rigore, con cui la manifestazione si vuole, il dubbio del giureconsulto, in quanto il primo consenso si potrebbe dir nullo a causa del divieto delle donazioni tra coniugi, e il modo riservato con cui decide favorevolmente la questione: *benigne dici potest.* Quanto a chiamare *consensus* il *pati* non c'è da menarne scalpore. Anch'io lo chiamo assentimento passivo. Ciò che in esso non veggo è una manifestazione di volontà, quale nei contratti ritengo che il diritto romano esiga.

11° « Nel diritto giustinianeo la *traditio servitutis* si fa mediante la *patientia* che l'acquirente la eserciti. Ma perchè si ammette ciò se non perchè, a parte l'opportunità di costituire una servitù col lasciarla godere, non si può concepire modo più chiaro di dimostrare che si vuole che l'acquirente entri nel godimento della servitù che lasciandolo passare,

condurre acqua, ecc., a nostra saputa pel nostro fondo senza opporsi? Avrebbe detto di più una qualunque dichiarazione verbale, una cerimonia d'ingresso nel fondo, un'inaugurazione solenne, per così dire, dell'esercizio della servitù? ».

La *patientia* del proprietario intesa come modo indipendente di costituzione della servitù è di nuovo mostruosa: noi dobbiamo considerarla come sfuggita e di nuovo ad un maestro in tema di servitù! La *patientia* nell'esercizio della servitù non è che il modo con cui Giustiniano, s'egli ne è l'autore, si figura la *quasi possessio* o la *quasi traditio* in correlazione col possesso e la tradizione vera della cosa; ma s'intende che la *patientia*, come la tradizione della cosa, debba esser consentita ben altrimenti che col tollerare che altri faccia nel mio senza mia autorizzazione e col tacere; non occorre la forma, è vero, nè la classica *mancipatio* o *in iure cessio*, nè la *pactio et stipulatio*, ma il mero silenzio del proprietario, il non opporsi che altri passi nel suo fondo e conduca acqua nel suo fondo, a sua scienza, ben lungi dal « costituire una servitù » (dove mai trascina la tesi!) non potrà, senza il concorso d'altri requisiti nemmeno condurre all'usucapione, nei 10 o 20 anni (1)! Certamente non si può supporre che il Perozzi ritenga siffatte eresie giuridiche; ma è pur certo che per trarne argomento egli si è arrestato a una visione nebulosa del rapporto.

12° « Il compratore di un fondo dato a precario dal venditore è costretto a manifestare la volontà se lo dà o no a precario. Quando egli sa che c'è sul fondo un precarista, non può sfuggire alla necessità di manifestare il suo volere circa al precario. E come manifesterò quella che continui? Nel modo più semplice: non manifestando la volontà

(1) « Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti... » la conclusione, secondo il ragionamento del Perozzi, sarebbe: hai acquistato la servitù!! Ma l'imperatore Caracalla (o meglio Giustiniano) prosegue: « servitutem *exemplo rerum mobilium* (l. *immobilium*) *tempore* quaesiisti ». *Tempore*, cioè nei 10 o 20 anni, supposto che ogni altro requisito della prescrizione acquisitiva *rerum immobilium* concorra (L. 2, Cod., 3, 34).

che non continui: *et magis est, ut, si ille non revocet, posse interdicere quasi ab illo precario habeas:* dice la L. 8, § 2, D., 43, 26 ».

È strano che il Perozzi non si accorga della singolarità della decisione; ma evidentemente la foga lo trasporta ed io credo ch'egli mi sarà grato di averlo messo un poco in diffidenza contro sè stesso. Il testo prosegue: et si passus est *aliquo tempore* a te precario habere, recte interdicet. Data la ripetizione e la costruzione spropositata (*ut... posse*), il Lenel reputa il testo interpolato, il Mommsen emenda: et magis est ut si ille non revocet et si passus est *aliquo tempore* precario habere, recte interdicat. L'*aliquo tempore* è a ogni modo nel testo, il tempo occorre e solo questo basterebbe a dimostrare il carattere eccezionale della norma, che non si può estendere ad altri contratti. Da ultimo giova ricordare che il precario non era nel diritto classico un contratto, e questo può spiegare la soluzione del giureconsulto.

13° Esempi finalmente come quelli del libraio, della padrona di camere ammobiliate, del padrone di casa, non servono che a dimostrare la facilità con cui nel tema del silenzio si confonde pur sempre la buona e mala fede, con la questione della volontà. Se il locatore, conchiude il Perozzi, « senza reclamare tollerò più sublocazioni, sentenzierei che rinunciò senz'altro alla clausola contrattuale. Se intendeva mantenerla in vigore, doveva, ripeterò una frase di Paolo appartenente alla L. 16, D., 14, 6 citata spesso in questa materia, *continuo testationem interponere contrariae voluntatis* ». La sentenza sarebbe erronea, risolvendosi nel diritto attribuito al giudice di decidere alla Magnaud, e abbastanza iniqua; e' mi darebbe veramente i brividi un giudice pel quale i patti contrattuali fossero simili inezie. La motivazione poi non potrebbe esser pescata in un testo meno a proposito, giacchè Paolo si riferisce alla validità del mutuo contratto dai *filiifamilias*, per cui basta la mera scienza, il silenzio consapevole del padre a eliminare l'eccezione. È naturale che ivi si dica: se il padre non vuole, deve apertamente opporsi.

La serie degli errori è tale da sbigottire. Noi possiamo recarne più ammonimenti. Da un lato è il punto di vista etico che seduce. Noi dobbiamo tenerlo certamente presente per la soluzione pratica, ma dobbiamo cercar di ragionare il caso cogli elementi giuridici. Ma un'altra considerazione importa tener presente. Il silenzio non ha importanza giuridica, esso ne ha una straordinaria di fatto. Il non contrastare l'operato altrui che infrange la nostra sfera giuridica è quasi sempre una debolezza, talora un'immoralità, e la debolezza o l'immoralità, anche quando non abbiano sanzione nel diritto, l'hanno nel fatto e nella vita; l'hanno nella forza delle cose e del tempo. Gli stessi fenomeni si ripetono nel campo del diritto pubblico e nella storia con sanzione il più delle volte inesorabile. Quando Federico Barbarossa rievocò i diritti dell'impero, che i suoi molli predecessori avevano omesso, lasciando vivere le repubbliche italiane in una felice libertà, ebbe ragione sì dai giuristi, ma dovette cedere sui campi di battaglia alla forza delle cose. Nel diritto pubblico la politica prende in simili casi il posto del diritto. Molto spesso la reazione non è che il tentativo di porre in movimento un diritto non più applicato; ed è invece rivoluzione lo sforzo per conservare lo stato attuale e sancire che la lunga inazione degli organi pubblici ha convertito il fatto in diritto. Il problema della consuetudine e della desuetudine è tutto qui; esso è insolubile, perchè è tutto di fatto e sfugge ai principî. L'efficacia attribuita al silenzio là dove la legge non la riconosce, è un errore giuridico, ma talora può ben essere un monito.

*
* *

Scritti posteriori: I. Barrault: *Essai sur le rôle du silence créateur des obligations*, Dijon 1912. Pienamente adesivo, con larghi e sensati sviluppi. — V. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, parte generale, 2ª ediz. (Milano 1915), pag. 359 e seguenti.

XI.

I rapporti continuativi e il silenzio (*).

Il contegno tenuto dalle parti in precedenti contrattazioni è una delle applicazioni sempre ripullulanti della teoria del silenzio, ed è senza dubbio la più insidiosa. Coloro infatti che in simili ipotesi ritengono il contratto perfetto tra le parti asseverano col maggior candore di non esser seguaci della teoria del silenzio. Il silenzio non vale come consenso d'accordo: ma altra cosa è il silenzio, l'inerzia vera, il nulla, altra cosa è che il silenzio sia accompagnato da circostanze che dimostrano come le parti abbiano inteso di attribuire ad esso il significato di accettazione. È il ragionamento della sentenza che annotiamo. Il giudice di merito, dichiara la Corte, tenne conto dei precedenti rapporti intervenuti tra le parti, del modo con cui si conchiusero le ripetute contrattazioni tra di esse, e argomentò dai diversi fatti che esistesse nel tempo antico un'intesa tra i contendenti circa gli effetti della mancata risposta dell'una parte alle osservazioni dell'altra, per cui quella equivalesse ad un'espressa accettazione delle nuove proposte. Non si tratta di un silenzio puro e semplice, di una proposta isolata, per sè stante,

(*) Estratto dalla *Riv. di dir. comm.*, XIII, 1915, II, pag. 677 e seguenti. È una nota alla sentenza della Corte di cassazione di Torino, 28 novembre 1914. La massima della sentenza nella *Riv. di dir. comm.* è la seguente: « Anche il silenzio serbato dal proponente di fronte alle modificazioni apportate dall'altra parte al modulo del contratto può valere come accettazione definitiva del contratto così modificato, quando, per giudizio incensurabile del magistrato di merito, tale significato debba attribuirsi al silenzio pel contegno tenuto dalle parti per uso costante in precedenti contrattazioni (art. 36 cod. comm.) ».

bensì di un complesso di elementi che concorrono a determinare una tal situazione di fatto per la quale il silenzio viene a significare l'assenso.

Tuttociò è puro ed inconsapevole sofisma. I fautori di questa opinione sono, sia pure in un territorio limitato, seguaci della teoria del silenzio; essi fanno una breccia nel requisito della dichiarazione di volontà, e la loro posizione sarebbe più logica, se confessassero apertamente di non esigere la dichiarazione di volontà tutte le volte che l'esistenza della volontà sia altrimenti riconoscibile.

Perchè qui sta precisamente il punto della questione, come io cercai di fissarlo in uno studio sull'argomento (*Riv. di dir. comm.*, 1907, I, 105 e seg.) (1). Occorre distinguere da un lato la riconoscibilità del volere, la presumibilità o la dimostrabilità della sua esistenza, dall'altro la manifestazione del volere. La volontà può esser perfettamente riconoscibile e dimostrabile anche quando non è stata dichiarata al proponente. Ciò posto la questione è di natura prettamente positiva. Il diritto civile italiano esige la dichiarazione o si accontenta della mera riconoscibilità del volere?

Ora in una serie notevole di rapporti il nostro diritto, sulle orme del diritto romano, non esige effettivamente se non la mera esistenza del volere e la sua dimostrabilità: nessuno, io diceva, è giunto a richiedere una dichiarazione dell'*animus possidendi* o dell'*animus derelinquendi*. L'*animus* (o l'*affectio*) è una volontà la quale si arguisce da un complesso di elementi, che non implicano una dichiarazione nè hanno una direzione verso un subbietto determinato.

Siamo in questi termini nel tema dei contratti? No: il diritto civile italiano, di nuovo sulle orme del diritto romano, nel sistema dei contratti esige la dichiarazione, non si accontenta della riconoscibilità. Più che dalle leggi generali ciò emerge dalle eccezioni positive, dalle breccie fatte al contratto. Dove il legislatore romano o moderno si accontenta della rico-

(1) [È lo studio che precede in questa collezione].

noscibilità del volere, lo ha formalmente stabilito ed enunciato, ha, per così dire, dichiarato di fare una breccia nel sistema contrattuale, di non esigere nel caso la *voluntas*, ma la *patientia*; e caratteristici sono nelle evoluzioni storiche quei tipi in cui si è ridotto un consenso in origine pieno alla misura del *pati*, della *scientia et patientia*, come per converso quelli in cui al posto di un assenso meramente passivo in origine è subentrato il requisito vero del consenso. Involuzione ed evoluzione visibile e documentabile sovrattutto nel sistema dei rapporti familiari, ma non in questo solo: involuzione ed evoluzione indotte talora dalla legge, talora da consuetudine, talora promiscuamente dall'una e dall'altra fonte di diritto.

Ora l'ipotesi dei rapporti precedenti tra le parti è pura riconoscibilità e presunzione di volere, non manifestazione e dichiarazione. Anzi, nonostante le apparenze lusinghiere, è uno dei casi di riconoscibilità meno assoluta, perchè, pur constatato che tra le parti si è tenuta sempre la norma di rifiutare espressamente le nuove proposte entro un ragionevole lasso di tempo (come si esprime la Corte) quando non si intendeva accettarle, non è punto detto che la centesima volta in cui la proposta non si respinge, si abbia per questo la volontà di accettarla. L'ipotesi pertanto non solo ci trasporta dal campo della dichiarazione di volontà a quello della mera presunzione di volontà, ma in una specie altresì che si accosta più alle *praesumptiones iuris* che non alle *praesumptiones hominis*. Se la Corte è tratta ad approvare la soluzione affermativa, ciò deriva dall'inconsapevole sostituzione dell'elemento etico all'elemento psicologico, dei concetti della buona fede, della responsabilità e dell'affidamento, che vanno a colmare i vuoti della volontà.

Naturalmente, ad evitare equivoci, giova porre in chiaro le cose. Se più che la pratica costante si dimostra l'esistenza di una *convenzione* iniziale per cui le nuove proposte nella serie successiva dei rapporti contrattuali tra le stesse parti

si dovevano accettare o respingere, allora questa generale convenzione riverbera la sua azione su tutti i contratti che le parti conchiudono. Ma fuori di questa ipotesi, in una via così sdrucciolevole trascina il sentimento, non il ragionamento, e abbiamo anche nel caso uno di quegli impulsi che sembrano nobilissimi, ma che per esser eccessivi reagiscono dannosamente sul fine stesso cui si mira: garantire la buona fede e la sicurezza delle contrattazioni. Come nel diritto romano il rescritto imperiale e la consuetudine, così nel nostro diritto la legge e gli usi mercantili potranno eventualmente abbassare il tenore della volontà, sostituire in alcune ipotesi la riconoscibilità e la presunzione di volere alla manifestazione in cenni, in parole od in atti. Ma se ciò non dispongono gli organi legislativi, quella decisione che la Corte approva precisamente « in omaggio alla buona fede », può risolversi in un vero e proprio attentato a questa molla degli interessi commerciali.

XII.

Il concetto unitario della solidarietà (*).

1. L'elaborazione dei dommi giuridici nel secolo XIX, in parte per lo stato ancora embrionale della scienza del diritto, che si riflette nel predominio inconsapevole di motivi aprioristici e di metodi dialettici, in parte per lo spirito astratto e sistematico del popolo, che si è dedicato a questa opera con più intenso sforzo (1), ci ha regalato una serie di veri *idola fori*. Gli esemplari più tipici e famosi (per conto mio direi famigerati) sono il concetto dominante dell'obbligazione naturale, il concetto dell'*universitas* ereditaria e della rappresentanza del defunto, il concetto della obbligazione solidale o correale. Io mi lusingo che il penetrare di uno spirito più realistico e semplice nell'analisi dei fenomeni giuridici, che lavori veramente coi dati offerti dall'organismo di ciascun diritto positivo, all'infuori dei preconcetti, dei pregiudizi, delle formule tradizionali e puramente verbali, possa veramente segnare « l'ora della liberazione » dalla

(*) Estratto dalla *Riv. di dir. comm.*, XIV, 1916, I, pag. 685-705.

(1) *Absit iniuria verbo*, cioè lungi da me qualunque intenzione di aggravare il bilancio negativo di questo popolo, che sconterà il suo peccato di orgoglio (1915); non nuovo peccato, perchè ripete la fatale vertigine, che trascina ogni grande nazione giunta all'apogeo del suo sviluppo a sognare di esser l'eletta dal cielo o dai fati e ritenere gli altri popoli infinitamente più bassi. Chi scrive è il romanista che in Francia ed in Italia ha trattato storia e dommi giuridici con maggior indipendenza e spirito più combattivo rispetto alla scienza germanica: può quindi tenere un linguaggio libero, che non è nuovo in lui, ma può a un tempo stesso permettersi di riconoscere che anche nella scienza del diritto gli errori non diminuiscono gli alti meriti del pensiero tedesco.

teologia giuridica: ad ogni modo io non cesserò di combattere per quest'elaborazione naturalistica dei dommi giuridici.

2. Nel tema delle obbligazioni *in solidum* il punto più discusso e reputato fondamentale è l'unità o la dualità del concetto, cioè se si debba distinguer la correalità dalla mera solidarietà. La questione si agita propriamente nel diritto romano, ma incombe come un ostacolo alla concezione reale e naturale dell'istituto nella dottrina stessa del diritto moderno. Essa ha fatto grandi passi col sussidio della critica delle fonti, ma non è ancora esaurita. Può parere strano e contraddittorio a questo proposito che la teoria distintiva e precisamente l'antitesi ribbentroppiana tra l'*una eademque obligatio* e le *plures obligationes* (1), che per lungo tempo ha arrestato la ricerca critica, abbia avuto precisamente per suo primo assertore il grande antesignano del metodo critico, Antonio Fabro, quando il pensiero che le decisioni divergenti delle nostre fonti dipendano dall'abolita efficacia estintiva della *l. c.*, ripreso felicemente dall'Ascoli e dall'Eisele, era stato già affermato dal Cuiacio (2). Ma gli stessi

(1) Antitesi o, per esser veramente esatti, oscillazione che esiste veramente nelle fonti romane, ma si verifica circa le stesse obbligazioni classificate unanimemente come correali, nelle quali ora si scorge *una eademque obligatio* (L. 1, § 8, D., 44, 7; L. 116, D., 45, 1; L. 16, D., 46, 4; L. 14, D., 46, 8; L. 3, § 1, D., 45, 1; ecc.), *idem debitum* (L. 71, D., 46, 1; L. 45, D., 26, 7; ecc.), ora si dice che abbiamo *duae* o *plures obligationes* (L. 3 pr., D., 45, 2; L. 9, § 2 *eod.*; L. 13 *eod.*; L. 50, D., 46, 1; ecc.). Oscillazione naturalissima, secondo che si consideri l'*obligatio* nel senso del *debitum*, che è un solo, o nel senso dei vincoli, che son tanti quanti i subbietti; cioè i due lati che si usa dire con parole tedesche *Schuld* e *Haftung*, debito e responsabilità. Che questa oscillazione verbale, spiegabilissima e per giunta rilevabile circa i medesimi tipi di obbligazione — sicchè non potrebbe in nessun modo servir di base a una distinzione — abbia potuto diventare un criterio distintivo e il vessillo di un'antitesi fondamentale è forse uno dei fenomeni più lacrimevoli della scienza del diritto e più dannosi al suo credito. V. Bonfante, *Lezioni sulle obbligazioni*, anno 1911-912, pag. 45, 46.

(2) Cuiacius, *in lib. IV Quaest. Pap.* ad L. 116, D., 45, 1 (*Op.*, Mutinae 1777, vol. IV, col. 93, 94): « Placet quod Stephanus in hunc locum

Ascoli e Eisele non hanno battuto in breccia completamente la distinzione: nè col puro motivo dell'abolita efficacia estintiva della *l. c.* vi si riesce, poichè, anche sorvolando per ora sui casi in cui quel criterio è stato erroneamente applicato, alcune ipotesi resistono, nel pensiero stesso dell'Ascoli e dell'Eisele, alla esegesi basata su di esso. L'Ascoli pertanto concludeva il suo scritto con queste parole: « *Le così dette obbligazioni puramente solidali esistono*, in numero di casi assai minore però di quello che la comune opinione ammetta, e non rappresentano del resto nessuna particolarità nel sistema delle obbligazioni, nè alcuna rassomiglianza con le correali » (1). E l'Eisele: « I casi, che io ho indicato col nome di solidarietà impropria non si presentano mai nelle fonti come un gruppo omogeneo » (2). Finalmente il Binder, il quale dedicò un largo studio a dimostrare l'impossibilità logica di stabilire un concetto distinto della correalità e della solidarietà, visto che dal punto di vista esegetico all'analisi critica alcuni casi pur sempre resistevano, concludeva in forma più recisa bensì, ma sostanzialmente nello stesso ordine di idee che, dato quel ristretto numero di ipotesi in cui nel diritto classico non si verificava l'efficacia estintiva generale della *l. c.*, non si deve ritenere che « il diritto romano abbia diviso le obbligazioni solidali in due classi essenzialmente distinte » (3). Insomma non c'è base per una distinzione, soltanto perchè poco resta dall'una

---

notavit, hoc iure, idest ante Iustinianum electione unius ex reis liberari correum, etsi creditor nihil perceperit. Sed l. ult. Cod de fideiuss., *ad quam tamen inflexi sunt quidam loci digestorum, hodie electione unius rei non liberatur alter*, sed exactione demum ac solutione, non litis contestatione, sed perceptione. Verum hic locus ostendit *ante Iustinianum electione unius ex reis*, ecc. ». — Una delle interpolazioni (*et solutum* nella L. 8, § 1, D., 30) fu anche effettivamente indicata dal Cuiacio.

(1) Ascoli, *Obbligazioni solidali*, pag. 92, in *Studi e documenti di storia e diritto*, 1890.

(2) Eisele, *Correalität und Solidarität*, in *Arch. für civ. Praxis*, vol. LXXVII (1891), pag. 479.

(3) Binder, *Die Korrealobligationen*, 1899, pag. 393.

delle due parti e le divergenze tra le due categorie sono anche più profonde di quel che appare.

Non meraviglia pertanto se un maestro come Vittorio Scialoja nel Congresso delle Scienze tenuto a Siena nel 1912, in occasione di una mia comunicazione sulla ἀλληλεγγύη, sia giunto ad affermare di nuovo (senza dubbio nei limiti fissati dallo studio critico delle fonti) la sua fede nella distinzione concettuale (1).

Antico fautore dell'unità, prima ancora che i felici studi dell'Ascoli e dell'Eisele richiamassero e dimostrassero col sussidio dell'esegesi critica la verità del criterio intuito da Cuiacio, che traccia una delle vie della soluzione, io credo che anche i casi residui della mera solidarietà vadano eliminati con un diverso criterio non avvertito nè dagli antichi nè dai moderni, e credo che, anzi, dato questo nuovo ed opposto punto di vista, debbano essere riesaminati ancora varî dei casi in cui l'Ascoli e l'Eisele ritennero, non a ragione, cancellata l'efficacia estintiva: finalmente sono d'avviso che questo nuovo criterio, ribadendo il parallelismo classico della *solutio* e della *l. c.*, schiuda l'adito a comprendere meglio perchè questo parallelismo si è rotto

(1) Anche un giovane scrittore (G. De Semo, *Le obbligazioni solidali in materia di commercio*, Athenaeum, Roma 1916, pag. 13 e segg.) riafferma con maggiore energia la sua fede nella distinzione, aderendo senz'altro alla reazione in pro dell'opinione tradizionale contro gli stessi risultati dell'Ascoli e dell'Eisele, per la qual reazione egli cita nomi certamente rispettabili, Hruza, Ennecerus-Kipp, Dernburg, Leonhard, Windscheid-Kipp, Kühlenbeck, ecc. Io consiglio l'egregio De Semo ad esercitare in forma più spregiudicata il proprio intelletto, e non addurre l'autorità di chi ha un bel nome, ma non ha compiuto una seria e positiva analisi della questione (lascio da parte le poco felici pagine del Hruza e il Perozzi, non troppo a ragione citato in questa schiera), e presta quindi ossequio a una teoria che fondatori e seguaci hanno circondato di un'aureola immeritata. L'*ipse dixit* è scomparso dalle scienze naturali. È questo il segno preciso del loro progresso di fronte alle nostre scienze, ove domina ancora. Ad ogni modo la posizione assunta dal giovane studioso, il quale prende di mira anche la mia teoria più radicale, è una nuova giustificazione del presente scritto.

nel diritto giustinianeo; rottura dalla quale è nato un così tormentoso problema.

Premetto un'osservazione. Io non nego che nel campo delle obbligazioni *in solidum* si possano tentare dei raggruppamenti varî, e sovrattutto non nego che le stipulazioni *in solidum*, la tipica categoria dei *duo rei promittendi* o *stipulandi*, in cui vi ha plastica unità di causa e *unitas actus*, allo scopo di evitar la novazione, costituiscano un gruppo che merita pur sempre, anche per ragioni storiche, uno studio ed una posizione indipendente, come ritennero il Fritz, il Siebenhaar e ritiene il Perozzi; non nego nemmeno che obbligazioni le quali hanno non solo identità e unità di oggetto, ma unità di causa si presentino con una struttura che le distingue da quelle che hanno solo unità e identità di oggetto: ma nego che le peculiarità inerenti alla fonte dell'obbligazione, le quali *hanno sempre luogo*, sia la obbligazione *semplice* o *molteplice* nei soggetti, nego che la stessa indipendenza causale con identità di oggetto si possano convertire in peculiarità inerenti ad un diverso concetto della solidarietà e possano manifestare un'efficacia circa i modi di estinzione (1); nego sovrattutto che questo presunto concetto diverso abbia mai avuto il suo riflesso in un'efficacia della *l. c.* diversa da quella della *solutio* e in genere delle vere cause di estinzione delle obbligazioni, cioè delle cause relative al *debitum*, non alle persone (2).

---

(1) È certo, ad esempio, che l'estinzione per *acceptilatio* non si può applicare se non ai *duo rei promittendi* o *stipulandi;* ma è pure evidente che questa differenza è relativa alla forma della *stipulatio*, non a una diversa natura della solidarietà.

(2) Prescindo anche dalla categoria moderna delle così dette obbligazioni solidali improprie, la quale con questo nome, resuscitato sotto l'impero dei Codici moderni quasi per dar l'impressione di un'idea risorgente sempre, abbraccia figure che non rievocano già nè le correali, nè le supposte obbligazioni meramente solidali, ma rappresentano ipotesi disparate, vale a dire sono ora obbligazioni multiple (assicurazione plurima, cioè presso varie società, vendita plurima della stessa cosa, cioè a più persone, ecc.), ora vere obbligazioni solidali con peculiarità nel rapporto interno tra i coobbligati (responsabilità dell'assi-

3. La mia dottrina è in parte nota ad alcuni lettori, perchè io l'ho formulata a datare dalla quinta edizione delle mie *Istituzioni* (1). L'espressione *in solidum* — che nel linguaggio e nel diritto moderno ha assunto, in conseguenza di una nuova funzione e quindi della modificata struttura della correalità, il significato di una garanzia reciproca con una intonazione etica e ideale, per cui *solidarietà* è divenuta la parola d'ordine della vita moderna — non significa per i Romani se non che ciascuno tra i varî obbligati ad una stessa prestazione deve l'intero e ciascuno dei varî creditori ha diritto di esigere l'intero: e non solo quando l'intero è dovuto o preteso, per così dire, elettivamente, sicchè l'obbligazione estinta di fronte all'uno è estinta di fronte a tutti, ma anche nei casi in cui tutti debbano l'intero o tutti abbiano diritto di esigere l'intero, senza che la prestazione eseguita o riscossa dall'uno elimini o pregiudichi quella che deve essere eseguita o può essere riscossa dal collega. L'ipotesi tipica di questa seconda categoria di obbligazioni, attivamente o passivamente *in solidum*, che potremmo dire cumulative o multiple, non elettive o alternative, si aveva nelle obbligazioni *ex delicto*. Il colpevole che

---

curatore e del colpevole, ecc.), ora financo obbligazioni parziarie (mandato di cercare un compratore conferito da più condomini separatamente), ora mere sopravvivenze (*concursus causarum lucrativarum*). V. in proposito lo studio recente del Kling-Müller, *Unechte Gesammtschuldverhältnisse*, in *Jahrbücher für die Dogm. des Rechts*, vol. XXVIII (1914), pag. 31-113). Analogie esteriori senza una corrispondente reale efficacia positiva non possono servir di base a costruzioni giuridiche, nella stessa guisa che divergenze anche profonde sono irrilevanti per la costruzione, quando non corrispondono a una diversa efficacia positiva.

(1) Bonfante, *Istituzioni*, § 122 in fine (testo e nota). — I dati critici sono nelle mie *Istituzioni* enunciati soltanto (io li svolsi maggiormente nel mio corso di *Lezioni sulle obbligazioni* dell'anno 1911-1912, pag. 39 e seg.), ma io li giudicavo semplici ed evidenti ad un intelletto aperto. Debbo tuttavia confessare che essi non sono sufficienti a convincere intelletti chiusi all'analisi positiva, non per difetto di raziocinio, ma per l'influenza nefasta della tradizione. (V. De Semo, op. cit., pag. 15 e seguenti).

ledeva più persone, sia pure mediante uno stesso atto, era tenuto a pagare la composizione o *poena* a ciascuna di esse e viceversa la persona lesa da più, sia pure con uno stesso atto, aveva diritto a ricevere indipendentemente la composizione da ciascuno dei coautori del delitto o correi. Anche nelle fonti giustinianee gli esempi di questa responsabilità cumulativa, la cui ragione è abbastanza manifesta nel puro concetto della pena, non sono rari (1). Ma io tengo a far rilevare che essa nel diritto classico doveva esser di rigore in ogni ipotesi di correità. In una specie particolare, in cui l'iniquità pareva dovesse imporre un'interpretazione più congrua, cioè nel caso di furto commesso dalla *familia* degli schiavi, occorse un editto speciale perchè non accadesse che « *cum plures furtum admittunt, evertant domini patrimonium, si omnes dedere aut pro singulis aestimationem litis offerre cogatur* » (2), e questo stesso editto non abolì la *deditio* cumulativa, ma limitò soltanto l'*aestimatio litis* alla misura « *si unus liber furtum fecisset* ». Ma nonostante il precedente di questo editto, nonostante l'iniquità e la stessa logica situazione (poichè gli schiavi erano in sostanza rappresentanti di un unico padrone), si esitò ad estendere una simile interpretazione all'ipotesi di danno recato dalla stessa *familia servorum* (3) e si rifiutò senz'altro (malgrado qualche

(1) Dal lato passivo: L. 9, D., 2, 1 (danno e *iniuria*); L. 11, § 2, D., 9, 2 (danno); L. 11, § 4, D. *eod.*; L. 51, §§ 1, 2, D. *eod.* (danno e furto); L. 55, § 1, D., 26, 7 (furto dei tutori); L. 21, § 9, D., 47, 2 (furto); L. 34, D., 47, 10 (*iniuria*); L. 1, Cod., 4, 8 (furto). L. 1, § 19, D., 47, 4 (altri delitti speciali). Dal lato attivo: L. 1, § 9, D., 47, 10; L. 18, § 2, D. *eod.*; L. 41, D. *eod.* La ragione è espressa negli stessi testi inseriti nella compilazione con singolare vivezza: *tot iniuriae sunt quot et personae iniuriam facientum* (L. 34, D., 47, 10); *neque enim potest dicere pro parte furtum fecisse singulos, sed totius rei universos* (L. 21, § 9, D., 47, 2); *plura facta sunt, plura facta intelleguntur* (L. 9, D., 2, 1). Non reputerei pertanto interpolate queste allusioni nella L. 34, D., 47, 10 e nella L. 9, D., 2, 1, come ritiene il Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto*, 1900, pag. 50 (in *Studi senesi*, vol. XVI).

(2) L. 1 pr., D., 47, 6.

(3) L. 32 pr., D., 9, 2. Si estese alla rapina (L. 2, § 15, D., 47, 8) e ai danni e furti commessi dalla *familia publicanorum* (L. 3, § 3, D., 39, 4).

debole tentativo) di estenderla al delitto dell'*album corruptum* sempre commesso dalla stessa *familia servorum* (1).

Ma nel diritto giustinianeo le cose si prospettano in modo diverso. La pena pecuniaria non si comprende più chiaramente nel suo valore di pena e nei pochi delitti privati ancora sopravviventi il concetto dell'indennizzo sopraffà ormai quello della pena e detta una serie di profonde alterazioni. Ricordo, ad esempio, la creazione delle azioni miste (oggetto di uno studio acuto da parte del nostro Albertario), che in una serie di casi ha fuso insieme l'efficacia reipersecutoria e l'efficacia penale. E così ancora il carattere cumulativo della correità vige tuttavia nel diritto giustinianeo per alcune azioni penali, ma trattasi di mere sopravvivenze; in generale Giustiniano ha convertito le azioni penali contro più colpevoli o a favore di più persone lese, di solidali cumulative che esse erano in solidali elettive, cioè solidali nel senso ordinario della parola: ma *operando questa conversione, egli non poteva rendere queste obbligazioni solidali se non nella forma che egli ha ormai impresso alla solidarietà, nella misura in cui riconosce l'efficacia delle cause di estinzione dell'obbligazione, vale a dire ammettendo bensì le altre cause estintive, ma eliminando pur sempre l'effetto estintivo della l. c.* In questa guisa vengono ad essere eliminati precisamente i casi residui di obbligazioni puramente solidali, che l'Ascoli, l'Eisele e il Binder mantengono: essi sono tutti casi di obbligazioni *ex delicto* e dovevano quindi essere obbligazioni solidali cumulative nel diritto classico.

4. Brevemente ora l'esegesi relativa a questo secondo aspetto non mai visto del problema.

---

(1) L. 9, D., 2, 1. Un'altra eccezione è relativa ai *publicani* (oltre l'estensione della precedente alla *familia publicanorum*); ma essa conferma in fondo il principio, in quanto si vuole escludere che si tratti di *criminis rei* ed è probabilmente interpolata, come la stessa scorrettezza del testo può far sospettare: L. 6, D., 39, 4.

L. 1, § 4, D., 2, 10: ULPIANUS, *libro septimo ad edictum.*

« Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: *sed* (nec Ulp.) « si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, *cum nihil* « *intersit* ».

Il dolo di cui si parla è quello adoperato per impedire che alcuno si presenti in giudizio.

Secondo l'Ascoli il testo è innocuo (1): si dice soltanto che la prestazione libera, in quanto non c'è più interesse ad agire una volta soddisfatti, ma non si rileva dal giureconsulto quale effetto avrebbe la mera contestazione della lite: nulla esclude che la *l. c.* non potesse avere effetto liberatorio anch'esso. L'argomentazione è un po' debole, e a ragione il Perozzi (2) reputa che, se si vuol superar l'ostacolo, il testo debba ritenersi interpolato: ed egli stima che invece di *praestiterit poenam*, Ulpiano dicesse *conventus erit.* Se non che il *praestiterit* POENAM deve mettere sull'avvisato. Dato il carattere di *poena* così apertamente asserito dal giurista (cfr. anche § 3), è impossibile che egli, senza più, dichiarasse la liberazione dell'altro, una volta soddisfatta la pena dell'uno dei colpevoli. Il testo doveva dire: *nec si unus etc., ceteri liberantur.* Anche la chiusa *cum nihil intersit*, che dà a questa pena il carattere di risarcimento, è un'aggiunta o una modificazione dei compilatori (3).

L. 14, § 15, D., 4, 2: ULPIANUS, *libro undecimo ad edictum.*

« Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus « fuerit conventus, si quidem sponte rem ante sententiam « restituerit, omnes liberati sunt: sed et si id non fecerit, « *sed ex sententia quadruplum restituerit, verius est etiam sic* « *peremi adversus ceteros metus causa actionem* ».

---

(1) *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, IV (1891), pag. 310.

(2) *Ist.*, II, pag. 112, 113, n. 2.

(3) [Nè si dica che il pagamento di un solo toglie di mezzo un presupposto giuridico dell'azione: l'esistenza di un danno da risarcire. I Romani non hanno mai confuso il *quanti interest* per il danno e la *poena*, l'azione *reipersecutoria* e l'azione penale. Questa considerazione è semplice, non semplicistica, e il soverchio sottilizzare porta a spropositare].

È chiaro che se il testo elimina l'azione soltanto in base alla restituzione operata dietro la sentenza, ciò vuol dire che la mera sentenza non libera gli altri obbligati, cioè gli altri colpevoli. La spiegazione dell'Ascoli desunta dalla natura dell'*a. q. metus causa* (1) è elegante, ma non regge: il Binder (2) e il Biondi (3) l'hanno già dimostrato. A ragione pur sempre il Perozzi reputa il testo interpolato (4) e fa rilevare la bizzarra locuzione *quadruplum restituerit.*

A nostro avviso, il testo è certamente interpolato, ma di nuovo in senso inverso a quello che il Perozzi suppone; cioè per eliminare il cumulo. L'*actio quod metus causa* era penale e nel diritto classico puramente penale; soltanto Giustiniano l'ha resa mista, facendo che nel quadruplo fosse compreso anche il risarcimento (5). La prima parte del testo può esser esatta, perchè l'azione era arbitraria, ed al giudizio penale non si viene, anzi esso non è concesso dal pretore, se non quando si rifiuti la restituzione. Con questa, come dice il giureconsulto, si dà al reo la facoltà di evitare la pena, *poenam evitare*, ma se si è giunti alla sentenza, ciò vuol dire che il giudizio penale non è stato evitato. Nella seconda parte della L. 14, § 15, il giureconsulto doveva pertanto osservare che se invece il colpevole chiamato in giudizio non abbia operato la restituzione, ma sia stato costretto a *rem restituere* e a pagare il quadruplo (così si deve leggere invece di quello strano *quadruplum restituerit*, generato probabilmente dalla circostanza che Giustiniano ha fuso nel quadruplo anche il risarcimento), allora l'azione per il quadruplo, cioè per la pena, rimane intatta contro gli altri.

---

(1) Ascoli, *Obbl. solidali*, pag. 44.

(2) Binder, *Die Korrealobl.*, pag. 370.

(3) Biondi, *Studi sulle « actiones arbitrariae »*, Palermo 1913, pag. 42, 43.

(4) *Istituzioni*, II, pag. 112, nota 2. Cfr. anche l'ottima esegesi in Biondi, loc. cit., pag. 43, 44.

(5) L. 14, §§ 9-11, D., 4, 2. Interpolata è certamente anche la L. 16, § 2, D. *eod.*

L. 17 pr., D., 4, 3: Ulpianus, *libro undecimo ad edictum.*

« Si plures dolo fecerint, et unus restituerit, omnes « liberantur: *quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto « adhuc ceteros liberari* ».

Anche in questo testo, come nel precedente e per lo stesso motivo, la prima parte può esser genuina. Ma la seconda parte, in cui la prestazione par che sia avvenuta in base alla sentenza e sia concepita pel risarcimento anzichè per la *poena* (*quanti ea res est!*), è certamente interpolata. L'*actio doli* è un'azione che ha base in un delitto (si parla anzi di *crimen*), è un'azione penale e infamante Ciascuno dei coautori doveva esser quindi indipendentemente responsabile.

L. 5 pr., D., 9, 4: Ulpianus, *libro tertio ad edictum.*

« Si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus, « noxale iudicium in quemvis dabitur: sed si omnibus scien- « tibus, quivis eorum tenebitur detracta noxae deditione, « quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento « alter liberabitur: sed si alter scit, alter ignoravit, qui scit « detracta noxae deditione convenitur, qui nescit cum noxae « deditione ».

Il giureconsulto decide che se i padroni del comune servo colpevole erano tutti ignari, il giudizio nossale che dà facoltà di liberarsi con l'abbandono dello schiavo, si promuove contro qualunque di esso: se erano consapevoli, ciascuno è tenuto senza il beneficio della consegna nossale e chi è convenuto non libera l'altro.

L'Ascoli ritiene interpolato il *nec* per *et*, il Perozzi sostituisce, in forma migliore, ma sempre collo stesso intento, al *nec* un *sed* (1). L'Eisele nega l'interpolazione (2). Noi pure siamo d'opinione che il *nec* sia genuino. Se non che il testo non vuol dir punto, almeno nel diritto classico, che non

(1) Ascoli, *Obbl. solidali*, pag. 35; *Bull.* cit., pag. 311. Perozzi, *Istituzioni*, II, pag. 113, n. 1.

(2) Contro la supposta alterazione cfr. anche Pampaloni, loc. citato, pag. 21, n. 28.

basti la *l. c.*, perchè occorre il pagamento; ma significa implicitamente che non bastava nemmeno il pagamento.

Il giureconsulto intendeva di sancire precisamente la responsabilità penale cumulativa: se tutti sono consapevoli del delitto del servo (si plurium servus *deliquerit... omnibus scientibus*), tutti sono tenuti, senza potersi liberare mediante *noxae deditio*, come nel caso di delitto commesso da più persone; *quemadmodum si plures deliquissent.* Questo richiamo alla correità rende manifesto come la responsabilità debba essere cumulativa, perchè tale essa è costantemente nel delitto, persino in quella figura, come il danno, nella quale il concetto di delitto sembra a noi moderni così ostico. Qui poi si trattava dell'*album corruptum*, il cui regolamento è rigido (v. pag. 216 testo e n. 2).

L. 17 pr., D., 9, 4: Paulus, *libro vicesimo secundo ad edict.*

« Si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante « servus deliquit, si ante cum altero qui nesciebat actum « sit et noxae dediderit servum, *iniquum est vilissimi hominis « deditione alterum quoque liberari: igitur agetur et cum altero, « et si quid amplius est in damni persecutione, consequetur « computato prelio hominis noxae dediti.* Ipsi tamen inter se « sic debent pensare communi dividundo iudicium, ut si ille « quo sciente fecit praestiterit, *non totius partem ferat, sed « partem eius, quanti servus est: sic et si alter aliquid prae- « stiterit eius partem fieri.* Illud iniquum est eum, qui iussit « servum facere, consequi aliquid a socio, cum ex suo de- « licto damnum patiatur ».

Paolo direbbe che, intentata l'azione contro il domino ignaro, il quale ha facoltà di liberarsi con la consegna, si ha diritto di agire anche contro il domino consapevole per il di più che importa il danno, giacchè è iniquo che il danneggiato sia soddisfatto colla dedizione di uno schiavo, che può esser di nessun valore.

I due condomini poi debbono tra loro regolare il diritto di regresso in questo modo: il condomino sciente, che ha pagato la pena, non consegue la metà di questa, ma la metà

del valore dello schiavo: il condomino ignaro, invece, la metà, pare, della pena. Questa soluzione espressa con linguaggio involuto ed enfatico è certamente interpolata, come già vide l'Alibrandi e come stimano Eisele (1), Pampaloni (2), Perozzi (3) e Beseler (4). Ma non è alterato tutto quel che segue, nè il testo affermava punto la consumazione definitiva dell'azione per la *l. c.* avvenuta di fronte all'uno dei condomini.

Contro il condomino sciente doveva, nel diritto classico, esservi sempre azione e per la pena intera, non pel di più, cioè pel residuo, come pone Giustiniano. Quanto al regolamento dei conti tra il condomino sciente e il condomino ignaro è anch'esso ispirato allo stesso concetto giustinianeo di dividere il pagamento tra i varî obbligati senza riguardo al carattere delle responsabilità di ciascuno. Nel concetto classico il condomino sciente non poteva aver diritto ad indennizzo (5).

La chiusa del testo ha una motivazione che si accorda con quello che doveva essere il pensiero del giureconsulto e stona invece con la decisione sostituita da Giustiniano.

È iniquo, si dice, che consegua risarcimento dal socio colui che ha dato ordine al servo di compiere l'atto, poichè egli subisce il pregiudizio per un suo delitto; frase in cui riappare di nuovo il concetto del delitto, e si riconferma pertanto la responsabilità cumulativa, non solidale elettiva, quando il condomino sia consapevole (6).

---

(1) *Arch. für civ. Pr.*, vol. LXXVII (1891), pag. 471. L'Ascoli (*Obbligazioni solidali*, pag. 38) proponeva una spiegazione, sulla quale in seguito dichiarò di non insistere (*Bull.* cit., pag. 313).

(2) *Studi sopra il delitto di furto*, pag. 21.

(3) *Ist.*, II, pag. 143, n. 1.

(4) *Beitr.*, III, pag. 105.

(5) Cfr. anche L. 9, D., 9, 4. Non credo la chiusa di questo testo interpolata, almeno nella misura in cui la ritiene Pampaloni, *Studi* cit., 1900, pag. 52.

(6) Cfr. anche L. 7, § 1, D., 9, 4, in cui le parole *iam non* sono certo interpolate dai compilatori, e la più complessa interpolazione in L. 4, § 3, D. *eod.* V. Pampaloni, *Studi* cit., pag. 81, in *Studi Senesi*, vol. XVI, pag. 238.

L. 3 pr., D., 11, 6: Ulpianus, *libro vicesimo quarto ad edict.*

« Si duobus mandavero et ambo dolose fecerint, adversus « singulos in solidum agi poterit, *sed* (nec Ulp.) altero con- « vento, *si satisfecerit*, in alterum actionem denegari opor- « tebit ».

L'inciso *si satisfecerit* è certamente interpolato, come concordano a ritenere l'Ascoli e l'Eisele: al solito sarebbe inutile che il giureconsulto parlasse della chiamata in giudizio, poichè è evidente che il pagamento libera anche senza chiamata in giudizio. Tale però non poteva essere l'ordinamento classico. L'azione contro l'agrimensore aveva il carattere di azione penale: essa non si concede contro gli eredi ed è nossale, se l'agrimensore era un servo (1). Probabilmente nel testo genuino doveva semplicemente leggersi *nec* invece di *sed* ovvero *non* innanzi a *oportebit.*

L. 55, § 1, D., 26, 7: Tryphoninus, *libro quartodecimo disputationum.*

« Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus « an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabu- « larum adversus tutorem in duplum singuli, in solidum « teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilo « minus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus eiusdem « rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, « quod ab uno iam exacta est. *Sed tutores propter admissam « administrationem non tam invito domino contrectare eam « videntur quam perfide agere: nemo denique dicet unum tu- « torem et duplum hac actione praestare et quasi specie con- « ditionis aut ipsam rem aut eius aestimationem* ».

Questa legge non è considerata nè dall'Ascoli, nè dall'Eisele, perchè il problema non è direttamente impostato sulla *l. c.*, per quanto implicitamente sia chiaro che nel testo, così come è concepito, soltanto la prestazione effettiva del-

(1) Nella L. 3, § 6, veramente, oltre all'azione nossale, si concede anche l'*actio de peculio.* A me sembra peraltro che questo cumulo dell'*actio de peculio* con l'azione nossale sia giustinianeo. L'azione *de peculio* è detta anche in guisa strana *civilis actio.*

l'uno libera l'altro. Il Binder (1) reputa tutto il paragrafo un'interpolazione, il che è per lo meno eccessivo.

Il testo parla del furto di più tutori (*furati sunt*). Ora, com'è chiaro dalla discussione stessa, il dubbio che si presentava al giureconsulto era se l'*actio rationibus distrahendis* delle XII Tavole fosse esperibile contro i singoli tutori indipendentemente, come l'*actio furti* è esperibile contro ciascuno dei ladri. La conclusione è negativa; e si decide per la solidarietà, non per la responsabilità cumulativa. Se non che il testo, nitido e coerente nel primo periodo, dalle parole *sed tutores*, ecc., ha tutta l'aria di essere interpolato.

Invero lo stile di questa seconda parte ribocca di modi emblematici (noto anche il *contrectare eam*: l'*eam* si riferisce alla *res* rubata o all'*administratio*, che è il termine prossimo?) e vi ha una contraddizione nel modo di configurare l'ipotesi tra la prima e questa seconda parte, poichè in principio si pone come indubitato che i tutori hanno rubato, e nella chiusa si parla di mala amministrazione. L'*actio rationibus distrahendis* è poi senza dubbio penale, e in altre leggi è espressamente dichiarata penale o appaiata con azioni penali (2).

L. 7, § 4, D., 27, 6: Ulpianus, *libro duodecimo ad edictum.*

« Si plures sint qui auctores fuerunt, *perceptione ab uno* « *facta et ceteri* liberantur, *non electione* ».

L. 8 eod.: Paulus, *libro duodecimo ad edictum.*

« Et ideo *si nihil aut non* (etsi Paul.) totum servatum « sit, in reliquos non denegandam *in id quod deest* Sabinus « scribit ».

L'Alibrandi (3) e l'Eisele (4) reputano il testo interpolato per l'abolizione dell'effetto estintivo della *l. c.*: sarebbe quindi interpolata l'allusione alla *perceptio* o la negativa

---

(1) *Die Korrealobl.*, pag. 348. Il testo è ritenuto genuino dal Peters, in *Ztschr. der Sav.-St.*, vol. 32 (1911), pag. 216.

(2) L. 1, §§ 22, 23, D., 27, 3; L. 2, §§ 1, 2 *eod.* Cfr. anche L. 33, D., 47, 2.

(3) *Op.*, pag. 180, 182.

(4) *Arch. für civ. Pr.*, vol. LXXVII, pag. 454.

della liberazione per *electio*. Ma è ben da ritenere, dato il carattere delittuoso dell'atto, che l'azione fosse disciplinata come penale, e quindi nè l'*electio* nè la *solutio* da parte dell'uno potrebbe liberare gli altri. Quanto alla legge di Paolo il collegamento appartiene ai compilatori. Tuttavia può ben essere che la legge si riferisse allo stesso argomento, e in tal caso nel testo genuino si dovrebbe, per esempio, sostituire *etsi* al *si*, e sopprimere gli incisi *nihil aut non* e *in id quod deest* (l'azione per colmare il *deficit* è sempre giustinianea): non però il *non* avanti a *denegandam*, come invece si vuol ritenere.

L. 1, § 13, D., 43, 16: Ulpianus, *libro sexagesimo nono ad edictum*.

« Quotiens verus procurator deiecerit cum utrolibet « eorum, id est sive domino sive procuratore agi posse Sa- « binus ait et alterius nomine *alteri eximi*, *sic tamen*, *si ab* « *altero eorum litis aestimatio fuerit praestita* (non enim « excusatus est, qui iussu alicuius deiecit non magis quam « si iussu alicuius occidit); cum autem falsus est procurator « cum ipso tantum procuratore interdici debere. Sabini sen- « tentia vera est ».

Prescindiamo dalla probabile alterazione del testo nel principio. Quel che importa è il modo onde risulta ordinata la responsabilità collettiva del *dominus* e del *procurator*. Secondo il testo, che riferisce il responso di Sabino, l'elezione dell'uno libera l'altro (*alteri eximi* è frase sgrammaticata e senza complemento che dovrebbe correggersi: *alterum eximi* o in modo analogo); ma a patto che il convenuto abbia prestato la *litis aestimatio* (*sic tamen*, ecc.). Quest'aggiunta da *sic tamen* è talmente stonata e stilisticamente scorretta, talmente in contraddizione con l'asserita liberazione, che a buon diritto l'Ascoli (1) e l'Eisele (2) concordano nel ritenerla interpolata.

---

(1) *Obbl. solidali*, pag. 48.
(2) *Arch.* cit., pag. 439, 440.

Noi non crediamo però che dal testo genuino debba semplicemente esser eliminata questa parte; deve anche esser restituita la negazione.

L'interdetto ha carattere penale e non è possibile che l'azione contro l'uno liberasse l'altro; sappiamo che il mandante di un furto è considerato come coautore o correo e la pena del mandante non esime il mandatario. Non è improbabile che la scorrettezza *alteri eximi* nasca per l'appunto dall'alterazione eseguita dai compilatori: l'*eximere* si riferisce alla *poena* e il testo doveva dire « *nec*-alterum *poena* eximi ». L'osservazione incidentale, poi, che ora mal collima con quanto precede, rende manifesto che Sabino non doveva punto asserire che, agendo contro l'uno, l'altro è liberato. Egli infatti ripone il motivo del decidere nella seguente considerazione: non deve esser scusato chi ha operato la espulsione per ordine altrui più di quel che sia scusato chi ha ucciso per ordine altrui; il che ha senso di fronte alla solidarietà cumulativa, è insensato di fronte alla solidarietà elettiva.

L. 6, D., 43, 24: Paulus, *libro sexagesimo septimo ad edict.*

« Si ego tibi mandavero opus novum facere, tu alii, non « potest videri meo iussu factum: teneberis ergo tu et ille; « an et ego tenear, videamus. Et magis est et me, qui ini- « tium rei praestiterim, teneri: *sed uno ex his satisfaciente* « *ceteri liberantur* ».

Questo testo non è considerato nè dall'Ascoli, nè dall'Eisele, nè dal Binder, sempre perchè il ragionamento non si impernia sulla *l. c.* Noi crediamo la chiusa interpolata dalle parole *sed uno ex his satisfaciente*, ecc. La forma (ablativo assoluto come suggello del periodo) è caratteristica della interpolazione: dovrebbe poi dirsi *ex nobis*, non *ex his*. Noi però non riteniamo che la responsabilità fosse solidale nel senso oggidì familiare: tolto l'inciso finale, nulla accenna al carattere elettivo, anzi il cumulo è veramente asserito (*et me — teneri*). L'*interd. quod vi aut clam* è penale e la responsabilità doveva esser cumulativa.

L. 15, § 2, D., 43, 24: ULPIANUS, *libro septuagesimo primo ad edictum.*

« Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit iussu meo, « agendum esse quod vi aut clam mecum Labeo scribit. « Et si communi consilio plurium id factum sit, licere *vel* « *cum uno vel* cum singulis experiri: opus enim quod a plu- « ribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. « Si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum « omnibus esse agendum, *scilicet in solidum:* itaque alter « conventus alterum non liberabit, *quin immo perceptio ab* « *altero: superiore etenim casu alterius conventio alterum* « *liberat.* Praeterea sepulchri quoque violati agi potest ».

È questo un testo che ha dato immenso travaglio sino dai più antichi scrittori.

Si è cercato in varie guise di correggerlo, come si può vedere anche dalle edizioni critiche del Digesto. Lo Schmidt, il Mommsen e l'Eisele reputano che sia caduto il *nec* avanti a *perceptio* e che si debba restituire nel testo delle Pandette, perchè così esige il senso e anche la grammatica. Con essi si concorda il Binder (1). La critica interpolazionistica, invece, poco si è esercitata su questo testo, perchè sembra anzi che esso nella sua struttura formale ci rappresenti il diritto classico genuino. Infatti nell'uno dei due casi si afferma l'efficacia estintiva della *l. c.*, il che sembra non si possa spiegare se non come una sopravvivenza classica. Io credo che, esaminando il testo a lume dei principî classici relativi all'azione penale, esso venga a costituire uno dei documenti migliori della nostra tesi generale.

L'ipotesi generale in discussione è quella di un ammasso di terra che il vicino ha fatto in un sepolcro altrui, gittandovi forse macerie o rifiuti, per il quale atto il titolare del *ius sepulchri*, o chiunque vi abbia interesse, può intentare l'*interdictum quod vi aut clam* o anche l'*actio sepulchri violati*, che è *popularis*. Ora in questa ipotesi generale ci si

(1) Op. cit., pag. 359.

può offrire il caso della responsabilità collettiva, la quale si può configurare in varie guise. Una prima configurazione è che altri abbia compiuto l'atto per ordine mio, e per questa ipotesi Labeone rispose che io solo debba esser responsabile. Il responso ci sembra in contraddizione con quello di Sabino nella L. 1, § 13, D., 43, 16, e a questa divergenza di vedute si riferisce forse la motivazione di Sabino che non debba esser scusato chi ha operato l'espulsione, sia pure per ordine altrui. L'*interdictum quod vi aut clam* deve esser regolato non altrimenti che l'*interdictum de vi*, e quindi le soluzioni dei due giureconsulti sono in conflitto: divergenza che si spiega benissimo, avuto riguardo alle opposte tendenze di Labeone e di Sabino, anche se l'origine della scuola proculeiana non si vuol far risalire a Labeone. Questa divergenza ad ogni modo è pel nostro oggetto di poco rilievo.

Restano le altre due ipotesi: che l'atto sia stato compiuto collettivamente e d'accordo tra tutti o che esso sia stato compiuto da ciascuno indipendentemente: per esempio, ciascuno dei vicini ha per conto suo considerato il sepolcro come un mondezzaio. Ora riguardando quest'azione come delittuosa, quale sarebbe la soluzione logica a lume dei principî? Noi ci possiamo ispirare in questo argomento alle soluzioni che i Romani dànno in tema di legge Aquilia. Se uno schiavo è ferito contemporaneamente da più persone, e non si riesce a stabilire qual è il colpo che ha ucciso, tutti sono collettivamente e cumulativamente responsabili. Se è ferito mortalmente da più persone successivamente, abbiamo una divergenza nei testi; Giuliano ritiene pur sempre tutti responsabili dell'uccisione. Celso e Ulpiano fanno responsabile il primo di un ferimento, il secondo dell'uccisione. In qualunque modo dunque la responsabilità dell'uno non elimina quella dell'altro; soltanto quando è possibile distinguere, si commisura la responsabilità all'atto che ciascuno ha compiuto. Ora lo stesso dovremmo decidere per l'interdetto *quod vi aut clam* e per l'*actio sepulchri violati* nel caso nostro. Se non si riesce a distinguere l'opera di ciascuno,

la responsabilità sarà intera ed eguale per tutti; se si riesce a distinguere, ciascuno sarà responsabile della parte sua: nessuno esente per il fatto che alcuno dei colpevoli dia soddisfazione. Ora qual'è la soluzione del giureconsulto?

Secondo il testo, nel caso in cui ciascuno abbia agito ndipendentemente *proprio consilio* (che è l'ultimo caso), il danneggiato agisce contro tutti *in solidum*, e l'azione intentata contro l'uno non libera gli altri, ma ben libera il pagamento, la *perceptio*. Ora questa soluzione non è affatto conforme nè alla logica nè ai principî classici. Perchè mai la responsabilità è solidale, nel senso elettivo, se ciascuno ha compiuto un atto, che può avere una diversa valutazione? Anche volendo sorvolare sul carattere penale dell'azione, in che modo il pagamento dell'uno può liberare l'altro, se la responsabilità incombe per ciò che ciascuno ha fatto?

Il testo avrebbe dovuto dire non già *immo perceptio*, che è frase stonata e scorretta rispetto a quella che precede, bensì *immo nec perceptio*. Non crediamo tuttavia che il testo debba così emendarsi nella compilazione giustinianea, come ritengono gli scrittori citati; sono i compilatori che hanno soppresso il *nec* (o meglio soggiunto la frase: *quin immo perceptio ab altero*) e sono i compilatori che hanno aggiunto *scilicet in solidum*, che essi intendono nel senso elettivo a noi familiare. Sono insomma i compilatori che hanno ordinato questa responsabilità solidale; se l'avesse costruita il giureconsulto, avrebbe detto in tal caso *licere cum singulis agi*, *cum quolibet agi*, o simili, non già *cum omnibus*, che significa sempre responsabilità indipendente e specifica di ciascuno (1). Restituito il testo alla sua lezione classica, esso viene ad esprimere precisamente la soluzione logica che abbiamo indicato: il danneggiato deve intentare l'azione contro tutti — s'intende contro ciascuno secondo

(1) Cfr. L. 18, D., 39, 1; L. 21, § 5, eod.; L. 11, § 2, D., 9, 2. È la parola di rito per la responsabilità solidale cumulativa.

la valutazione dell'atto compiuto — e sia la *l. c.*, sia il pagamento eseguito dall'uno non libera gli altri.

La solidarietà sancita dai compilatori è illogica, e noi non possiamo accettarla se non come diritto positivo; come tale, forse, essa non è praticamente condannabile.

Nell'altra ipotesi, in cui l'opera sia stata fatta in comune, il testo dichiara che i singoli sono obbligati *in solidum*, e riferendosi a questa ipotesi, che è quella svolta per la prima, si dice da ultimo che la chiamata in giudizio dell'uno libera gli altri. Io dubito anche qui che si abbia dinanzi una soluzione classica. Per quanto la liberazione mediante la *l. c.* sia precisamente un istituto classico, non sono alieno dal credere che l'inciso sia stato interpolato dai compilatori. Il *superiore casu* non ha sapore classico; *conventio* nel senso di chiamata in giudizio è d'uso bensì nel linguaggio romano-ellenico, ma non nel linguaggio classico, in cui questa parola significa solamente la convenzione, l'accordo (1). L'avvertenza soggiunta è inoltre fuori di posto, poichè questo caso è già esaurito in precedenza (2). Anche nell'enunciare il caso ritengo che i compilatori abbiano interpolato le parole *vel*

---

(1) [*Conventio* nel senso di chiamata in giudizio o simili non s'incontra che quest'*unica volta* nei testi del *Corpus iuris* e non s'incontra mai nei testi classici. La ritrovo invece nei testi seguenti dei bassi tempi: Cod. Theod., 1, 22, L. 1 interpr. vis.; 2, 4, L. 4 interpr. vis.; 2, 27, L. 1, § 3 (Hon. Theod. et Const.); 4, 14, L. 1, § 1; Cod. Iust., 7, 39, L. 3, § 1 (Theod., 11); 4, 22, L. 6; Cod. Iust., 3, 6, L. 3 (Hon. et Theod.); 6, 4, L. 21 pr. (Val. Valens et Grat.); 6, 35, L. 9 (Grat. Val. et Theod.); 7, 13, L. 7, § 1 (Val. Valens et Grat.); 8, 4, L. 28 (Hon. et Theod.); 10, 10, L. 27, § 5 (Hon. et Theod.); 10, 13, L. 1 (Val. Theod. et Arc.); 10, 17, L. 2; Cod. Iust., 10, 3, L. 6 (Val. Valens et Grat.); 10, 20, L. 10; Cod. Iust., 11, 8, L. 7 (Val. Valens et Grat.); 11, 7, L. 11 (Val. et Valens); 11, 20, L. 4 (Hon. et Theod.); 11, 31, L. 5 (Val. et Valens); Cod. Iust., 10, 53 (52), L. 11 (Hon. et Theod.; ma qui la parola è interpolata: cfr. Cod. Theod., 13, 3, L. 16). L'uso del resto è correlativo all'introduzione del *Libellus conventionis* nella nuova procedura. Cfr. Iust., L. 3, Cod., 7, 40; § 24, J. 4, 6 e Nov. relative (Nov. 112, c. 1, 2, 3 pr. *Ep.*, ecc.)].

(2) L'interpolazione era stata ritenuta dal Pernice, *Z. für d. ges. Hr.*, vol. XXXIII, pag. 440, ma combattuta dall'Eisele, loc. cit., pag. 430, e dal Ferrini, *Pandette*, pag. 558, 559, n. 3.

cum uno vel. Forse essi ebbero in mente di costruire l'ipotesi come una obbligazione parziale o solidale ad arbitrio dell'attore, intendendo *vel cum singulis* in antitesi a *vel cum uno* nel senso di un'azione parziaria in antitesi ad un'azione *in solidum.*

Certo per lo meno nell'ipotesi in cui ciascuno abbia agito *proprio consilio*, la ricostruzione del diritto classico è quasi evidente: quel che avessero in animo i compilatori è meno evidente, perchè essi hanno male interpolato, come non di rado accade loro. Il risultato nel diritto giustinianeo è che in entrambi i casi abbiamo un'obbligazione solidale, e quindi la distinzione diventa oziosa. Sembra soltanto che nel caso di opera fatta *communi consilio* essi avessero anche vagamente l'idea di rendere l'obbligazione parziaria ad arbitrio dell'attore.

5. Alcune ipotesi noi crediamo di dover considerare a parte. I testi sono certamente interpolati, ma non oseremmo decidere in modo reciso se nel senso dell'Ascoli e dell'Eisele o nel nostro senso.

L. 1, § 10, D., 9, 3: Ulpianus, *libro vicesimo tertio ad edict.*

« Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum « est, in quemvis haec actio dabitur ».

L. 2. Gaius, *libro sexto ad edictum provinciale* cum sane impossibile est scire quis deiecisset vel effudisset.

L. 3. Ulpianus, *libro vicesimo tertio ad edictum* et quidem in solidum; *sed* si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur.

L. 4. Paulus, *libro nono decimo ad edictum perceptione, non* litis contestatione, *praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit.*

L'Alibrandi (1) e l'Ascoli (2) reputano interpolate le parole *perceptione, non.*

---

(1) *Op.*, pag. 180.
(2) *Obbl. sol.*, pag. 45.

L'*effusum et deiectum* appartiene, com'è noto, a quella categoria ambigua delle così dette obbligazioni *quasi ex delicto*. Nondimeno quest'azione è detta senz'altro penale e popolare (L. 5, § 5, D., 9, 3), non compete contro gli eredi, ed è nossale, sicchè non è improbabile che nella L. 3 fosse ammesso il cumulo e non la solidarietà, cioè si leggesse *nec... ceteri liberabuntur*. Quanto alle parole alludenti al diritto di rivalsa reciproco nella L. 4, esse corrispondono ad una costante preoccupazione di Giustiniano, il quale ha introdotto il diritto di regresso; e v'insiste persino là dove non farebbe bisogno, richiamando il rapporto interno.

L. 15, D., 27, 3: ULPIANUS, *libro primo disputationum*.

« Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, « quamvis ob dolum comunem, transactio nihil proderit « alteri, nec immerito, cum unusquisque doli sui POENAM « sufferat. *Quod si conventus alter praestitisset, proficiet id « quod praestitit ei qui conventus non est: licet enim doli « ambo rei sunt, tamen sufficit unum satisfacere, ut in duobus, « quibus res commodata est vel deposita quibusque man- « datum est* ».

L'Eisele (1) reputa questo testo interpolato dalle parole *praestitisset, proficiet* sino alla chiusa. L'obbligazione doveva esser nel diritto classico correale: ed è stata resa meramente solidale nel diritto giustinianeo.

Egli si fonda su varie scorrettezze, per esempio, sulla chiusa *quibus res commodata est vel deposita*. L'Ascoli (2) contrasta con l'Eisele, poichè dal suo punto di vista l'obbligazione di più tutori doveva esser meramente solidale, non correale, anche nel diritto classico. L'uno e l'altro ragionano, come si vede, sul terreno della famigerata partizione. Le scorrettezze sono lievi, e anche il De Ruggiero (3) suppone che l'interpolazione si possa limitare alle parole

(1) Loc. cit., pag. 456.
(2) *Bull.* cit., pag. 303.
(3) *Bull.*, vol. XIX, 1907, pag. 42-45.

vel deposita. Io stimo il testo veramente interpolato; ma non direi nel senso dell'Eisele, perchè si può ben dubitare se nel diritto classico fosse veramente riconosciuta nel caso la solidarietà elettiva. Il testo parla di *dolo* comune e di *pena*, e ciò può far supporre che la responsabilità sia considerata come delittuosa, quindi solidale cumulativa, e la discussione si aggiri sull'*actio rationibus distrahendis*.

L. 1, § 43, D., 16, 3: Ulpianus, *libro trigesimo ad edictum*.

« Si apud duos sit deposita res adversus unumquemque « eorum (in factum?) agi poterit, nec liberabitur alter, si « cum altero agatur; *non enim electione, sed solutione libe-* « *rantur*. Proinde si ambo dolo fecerunt *et alter, quod inte-* « *rest praestiterit, alter non convenietur* exemplo duorum « tutorum. *Quod si alter vel nihil, vel minus facere possit ad* « *alium pervenietur*. Idemque et si alter dolo non fecerit, « et idcirco sit absolutus, *nam ad alium pervenietur* ».

In questo testo si tratta delle responsabilità di più depositari. L'Eisele lo reputa gravemente rimaneggiato dai compilatori. Il giureconsulto non doveva dire *nec liberabitur alter*, bensì *et* o *sed liberabitur alter*, e sarebbe interpolato dai compilatori tutto il periodo *non enim electione*, ecc., fino alle parole *quod si alter vel nihil vel minus facere potest, ad alium pervenietur*, nonchè l'inciso successivo *nam ad alium pervenietur*. Con queste interpolazioni ripetute negli stessi termini sarebbe pur sempre riservata dai compilatori la possibilità da parte del deponente di rifarsi contro l'altro depositario, quando il primo, sia pur citato, non abbia eseguito la prestazione per i danni interessi o non l'abbia eseguita integralmente: il che è un motivo costante della legislazione giustinianea.

Certamente interpolata è la conclusione ripetuta: *ad alium pervenietur*. *Alius* per *alter* (i depositari erano due) non è di pretto sapore classico. Se negli scrittori dell'epoca argentea ve ne ha qualche esempio, i giureconsulti sono di regola più corretti e puri. E nemmeno può esser classico l'inciso *non enim electione*, ecc.: a nostro avviso, lo stesso

punto di vista della *electio* in antitesi alla *solutio* altera il fondamento della consumazione, che non è la volontà, ma il *ius publicum*.

L'Ascoli contrasta queste interpolazioni e reputa che questi sian dei casi di obbligazioni veramente solidali riconosciuti dal diritto classico, cercando di spiegare sottilmente come i giureconsulti classici non potessero ammettere la consumazione dell'azione in quanto le due obbligazioni potevano avere contenuto diverso. A noi sembra insostenibile così la tesi come la base della dimostrazione. L'agire doloso di entrambi i depositari rende entrambi responsabili, anzi anche il fatto di un solo debitore correale nuoce, come sappiamo, all'altro. Se non che è assai probabile che nel testo in questione Ulpiano commentasse non l'*actio depositi in ius*, che è contrattuale, bensì l'*actio depositi in factum*, che aveva nel diritto classico natura delittuosa e importava quindi responsabilità cumulativa. L'analogia coi tutori conferma questa ipotesi. In qualunque modo il testo è certamente interpolato.

6. Il Fitting in un suo scritto notevole sulle obbligazioni solidali gittò innanzi un'idea, che divenne un motto di battaglia nella letteratura posteriore: l'estinzione processuale non avviene per *consumazione*, bensì per *elezione*; il fenomeno è analogo a quello che si verifica in ordine alle obbligazioni alternative, e non vi ha altra differenza se non che nelle solidali la *electio* si riferisce ai soggetti, nelle alternative agli oggetti. Il Binder, che esamina a lungo questa concezione (1), giunge ad una soluzione intermedia (*Elektion durch Konsumption*), per mio avviso non soddisfacente.

Io ricordo questa disputa unicamente perchè, come non di rado in simili contrasti, i due motivi opposti ci rappresentano rispettivamente il punto di vista classico e il punto

(1) Op. cit., § 20, pag. 313-330: Elektion oder Konsumption?

di vista della giurisprudenza romano-ellenica e dei compilatori.

Nel diritto classico la ragione dell'estinzione processuale è certamente la consumazione per *eadem res* dedotta in giudizio, e la *litis contestatio* come istituto *iuris publici* opera in modo assoluto. Ma nella nuova procedura e nella nuova epoca romano-ellenica il significato della *l. c.* non è più compreso e incomincia la demolizione della sua vasta efficacia, che in parte si distribuisce nelle varie fasi del processo e specialmente si trasporta al momento iniziale (*intentio*, *actio mota*, ecc.), in parte svanisce. Tuttavia la *l. c.* sembra presentare due gravi sopravvivenze: il concorso delle azioni e, fino a Giustiniano almeno, il rapporto tra confideiussori e tra condebitori correali.

Ma l'efficacia consuntiva in queste due ipotesi si mantiene perchè è ricongiunta ad un pensiero diverso e coordinata, come vedremo or ora, con questo pensiero. Si tratta di azioni, diverse od eguali, per *eadem res*, ma sempre contro più soggetti, elettivamente, e nelle fonti classiche si parlava regolarmente di *electio* dell'azione (*una electa alteram consumi*), di *electio* dell'uno dei soggetti (*unius electione alterum liberari*). Questa *electio*, il cui significato era puramente secondario, assorge ora, decaduta la *l. c.*, a motivo dell'estinzione. In breve, il giureconsulto classico ragionava così: chi ha scelto, e quindi *ha contestato la lite* per una delle azioni o di fronte all'uno dei soggetti, ha consumato anche l'altra azione, diversa nel titolo od eguale, sempre a motivo dell'*eadem res*, che si domanda. Il giureconsulto dell'epoca romano-ellenica ragiona invece così: chi ha scelto un'azione, chi ha scelto il soggetto contro cui agire, non può più tornare sulla sua decisione, perchè ha scelto.

Come si vede, non solo nelle obbligazioni solidali, ma nello stesso concorso delle azioni, noi siamo ora dinanzi a un punto di vista parallelo a quello che regge le obbligazioni alternative. Il parallelismo è accentuato quasi con un giuoco di parole nelle nuove leggi, riferendo l'*electio* non

più all'*actio*, ma al *reus: electio unius rei* (da *res*) era il motivo delle obbligazioni alternative, *electio unius rei* (da *reus*) è ora il motivo delle obbligazioni solidali (1).

Che così sia realmente, lo manifesta poi il nuovo regime di questa forma di estinzione dell'azione, che non segue più le norme dell'antica consumazione, ma quelle delle obbligazioni alternative. Se la classica *l. c.*, come istituto *iuris publici*, operava in modo assoluto, indipendentemente dalla volontà delle parti, le quali non avrebbero potuto evitarne gli effetti mediante una convenzione stretta anteriormente tra di loro, nelle obbligazioni alternative la scelta vincola bensì, ma è riconosciuto il *ius variandi*, se le parti hanno così convenuto.

Ora nell'epoca romano-ellenica lo stesso regime si era introdotto ed era divenuto d'uso comune così nei rapporti tra fideiussori (2), come nei rapporti tra *duo rei promittendi* (3), e a questa pratica si ricollega Giustiniano precisamente per abolire l'effetto della *electio unius ex fideiussoribus o unius rei*.

7. I vecchi fautori della duplice categoria, correali e solidali, nel distinguere la pretesa efficacia diversa delle cause estintive così ragionavano: nelle obbligazioni correali hanno efficacia generale, cioè estinguono l'obbligazione per tutti, quelle cause che toccano la consistenza obbiettiva dell'obbligazione, ovvero l'*una obligatio*, non le singole relazioni subbiettive o i singoli subbietti; nelle solidali invece hanno efficacia generale soltanto il pagamento e i suoi sostituti.

---

(1) Cfr. Bonfante, *Scritti giuridici varî*, I, Torino 1916, pag. 641, 642.

(2) L. 28, Cod., 8, 40 (41): « in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum ». — Questo esaurimento dei principî classici romani, per esser convertiti da imperativi in dispositivi o nell'epoca romano-ellenica o nel diritto giustinianeo o nello stesso passaggio al diritto moderno (cfr., ad esempio, la regola *Omne quod inaedificatur solo cedit*), è una delle forme più larvate e insidiose con cui procede la demolizione degli antichi istituti.

(3) L. 28 cit.: « pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu cotidiano semper hoc versari adspicimus.

Quali sieno i sostituti del pagamento, che non si riconoscono come cause obbiettive di estinzione, è un punto sul quale non regna la menoma concordia. In realtà, nonostante la differente formulazione, i due principî apparentemente diversi coincidono: e quanto si dice per le obbligazioni solidali non è che la formulazione pratica e concreta di quello che si asserisce in astratto per le obbligazioni correali. La formola delle solidali suona francese, quella delle correali suona tedesca: il fondo è lo stesso. Uno dei maggiori pericoli delle astrattezze è quello d'immaginarsi di creare quando non si fa che ripetere: illusione che ricorda la candida e abbastanza diffusa pedanteria di dar la spiegazione di un fenomeno usando la parola greca invece della corrispondente italiana. Nelle fonti romane tutte le cause che concernono il *debitum*, l'obbietto unico, la *obligatio* in questo senso, sono assimilate alla *solutio*. La stessa *l. c.* è ravvicinata alla *solutio* e figura nell'elenco gaiano delle cause obbiettive di estinzione dell'obbligazione (1).

---

(1) L'ordine delle cause obbiettive nelle Istituzioni di Gaio è il seguente: *solutio* (III, 168); *acceptilatio* (III, 169-172); *solutio per aes et libram* o *nexi* (*nexu*) *liberatio* (III, 173-175); *novatio* (III, 176-179); *litis contestatio* (III, 180-181). Giustiniano nell'elenco delle sue Istituzioni (III, 29 *Quib. mod. toll. obl.*) sopprime la *solutio per aes et libram* e la *litis contestatio*. Le cause subbiettive non sono menzionate nell'elenco generale nè da Gaio nè da Giustiniano: nei testi delle *Pandette* si avverte nettamente che in simili ipotesi non si tratta di liberazione *solutionis iure, aeque ac si soluta fuisset pecunia*, ma di *persona tantum exempta obligatione*, che *multum interest utrum res ipsa solvatur an persona liberetur* (cfr. L. 71, D., 46, 1; L. 19, D., 45, 2; ecc.).

Gli sforzi per spezzare un principio unico in due, mediante una diversa formulazione mi richiamano alla mente il celebre monologo di un nostro grande artista ora scomparso. È stata fatta una invenzione meravigliosa per riparare dalla pioggia: un bastone, con delle stecche e sopra distesa una stoffa di seta. Ma questa invenzione, direte, esiste da secoli e si chiama ombrello. Nossignore; v'ingannate; qui si tratta di cosa ben diversa: un bastone, delle stecche, e sopra distesa la seta; e così di seguito.

Non c'è che dire: la consuetudine delle astrazioni così dette filosofiche e l'abito di sottilizzare ci crea spesso dei fantasmi.

Nelle fonti giustinianee compare un'opposizione, atta a sconvolgere le idee, tra la *l. c.* (o meglio l'*intentio* nel processo giustinianeo) e la *solutio* (la *perceptio* nel linguaggio giustinianeo). Ma noi ritroviamo la prova provata dell'origine giustinianea di quest'antitesi e del rigore della consumazione classica in un frammento di recente scoperto, che è parso un mònito grave contro i ricercatori d'interpolazioni. Pel suo valore scientifico e, direi quasi, psicologico il punto esige un certo discorso.

Una delle leggi in cui quest'antitesi tra l'*intentio* e la *perceptio*, questa tipica essenza della solidarietà nel senso dell'opinione dominante, nella quale il pagamento estingue, la *l. c.* non estingue, è la L. 32 pr., D., 15, 1, di Ulpiano.

Già il Hruza in una recensione all'opera del Binder (1) invocò a dimostrazione della teoria tradizionale, che egli prese a difendere, questa celebre legge (2). Gli fu opposto dal Pacchioni (3) che la chiusa di questo testo, sulla quale il Hruza si fondava, era interpolata: l'interpolazione era stata segnalata dall'Alibrandi (4), dal Lusignani (5) e accolta dall'Erman, dal Ferrini, in generale da tutti gli studiosi.

---

(1) *Krit. Vierteljahresschr.*, 1900, pag. 274-282.

(2) Ecco il testo della legge. L. 32 pr., D. *de pec.*, 15, 1. ULPIANUS, *l. secundum disputationum.*

« Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo « vel libero esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri « poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis « non in maiorem quantitatem eius peculi, quod penes se habet qui « convenitur, condemnetur, idque ita Julianus scripsit. idemque est et « si in alterius rem fuerit versum. sed et si plures sint fructuarii vel « bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non « maioris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. sed licet hoc « iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occa- « sione iuris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet: « nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubi- « cumque est veluti patrimonium intuetur ».

(3) *Atti della I. R. Acc. di scienze, lettere e di arti in Rovereto*, 1900, III, 6, fasc. 4.

(4) *Op.*, pag. 180.

(5) *Consumazione processuale*, pag. 35.

Dato il sapore classico di questa chiusa, io non accolsi nelle mie *Istituzioni* l'interpolazione supposta (1), pur essendo un antico e convinto fautore dell'efficacia classica della consumazione nel concorso delle azioni e nella teoria della solidarietà. Nel 1903 la scoperta di una pergamena nella Biblioteca di Strasburgo contenente la seconda parte del testo genuino di Ulpiano parve un colpo decisivo per l'ipotesi di un qualunque emblema nel testo delle Pandette (2). Il Lenel stesso, il maestro della critica delle fonti, ne fu indotto a dichiarare gravemente che, data la corrispondenza delle parole frammentarie della pergamena col testo delle Pandette « ci resta soltanto il serio mònito a usar cautela nella caccia alle interpolazioni » (3). Dalla parte opposta il disappunto fu tale che si giunse persino a supporre interpolazioni pregiustinianee nel frammento genuino delle *disputationes* di Ulpiano.

A ben guardare, tuttavia, quest'aperta sconfitta è una vittoria. Più cose gravissime sono a considerare, ma da ultimo osservo che *nella parte essenziale* il testo è veramente interpolato, ed è strano soltanto che per una specie di scoraggiamento sopraggiunto — io non saprei spiegarmi altrimenti la cosa — ciò non sia stato scorto.

Anzitutto la contraddizione tra il principio e la chiusa, uno degli elementi che aveva fatto sospettare l'interpolazione, è appianata bensì, ma risulta pure che la prima parte del testo riporta la decisione di Giuliano, la seconda parte una mitigazione equitativa di Ulpiano: il che, se toglie

---

(1) Cfr. *Istituzioni*, § 45, n. ult. nelle varie edizioni. Ciò fu notato e non approvato.

(2) Ecco il testo della pergamena colle integrazioni del Lenel (v. da ultimo *Z. der Sav.-Stift. für Rg.*, vol. XXV (1904), pag. 368 e segg.), ricalcate in parte sul testo delle Pandette: « (*sed et si duo sint fructuarii vel bonae fidei possessores*, *alterum conventum alte*)rum libera(*re Iulianus ait*) quamvis non maio(*ris peculii quam*) penes eum est (*condemnari*) debeat (*sed licet hoc iure con*)tingat tamen (*aequitas*) dictat res(*cissorium iudi*)cium in (*eos dari qui occasione iuris liberantur*) ».

(3) *Sitzungsberichte der Kgl. Ak. zu Berlin*, 1904, pag. 1162.

la contraddizione, rivela che al tempo di Giuliano si era ancora fermi sul principio della consumazione.

Ma, d'altra parte, in quale ipotesi si era ancora fermi alla consumazione? Nell'ipotesi in cui, anche giunti *alla condanna*, come il testo suppone, anche *eseguito il pagamento*, la soddisfazione non può esser che parziale, perchè il chiamato in giudizio non è detentore di tutto il peculio, e la condanna viene misurata dalla quantità del peculio che è presso di lui. Ora è ben grave che in un caso di così aperta iniquità, in un'ipotesi quasi aberrante di consumazione, Giuliano fosse ancora sul terreno assolutamente rigoroso della consumazione, e si debba giungere ad Ulpiano, vale a dire allo spirare dell'età classica, per trovare una soluzione che in questo caso veramente l'*aequitas* romana, cioè la giustizia esigeva.

E badiamo: nella rigida soluzione di Giuliano la tanto combattuta estinzione per *l. c.* ha una forza superiore al pagamento effettivo, perchè un pagamento parziale, accettato per lo meno colle debite cautele, non avrebbe estinto l'obbligazione.

Ma qual'è la nuova e più mite soluzione di Ulpiano? Nel testo giustinianeo pare senz'altro (almeno secondo la lettera di questo paragrafo) che si conceda l'azione contro gli altri, non tenendo conto della consumazione: ma nel testo genuino si parla di *rescissorium iudicium*, cioè di un giudizio che si riapre, benchè avvenuta la consumazione, in seguito ad una *restitutio in integrum*.

E che Ulpiano alludesse a questo rimedio estremo della *restitutio in integrum* era chiaro anche dal § 1 di questa L. 32, che si apre con le parole: « in hoc autem iudicio, licet restauretur praecedens, tamen etc. ». Ma una *restitutio in integrum* fa sì che il giudizio si potrebbe riaprire anche contro lo stesso soggetto! Essa non nega la consumazione, anzi l'ammette come presupposto, perchè non si è restituiti se non precisamente contro un pregiudizio giuridico, che si è già verificato.

Se non che ciò che più importa di notare, ripeto, è che *nella parte essenziale*, nella parte decisiva per la teoria della solidarietà, il testo è certamente interpolato. La pergamena cessa con le parole *iudicium in*: doveva seguire *alterum dari* conforme al diverso tenore del testo genuino. Ma l'inciso *ut magis eos perceptio quam intentio liberet*, più che vano (a parte le forme predilette dei compilatori *intentio*, *perceptio*, riferite per giunta al debitore), è assurdo e stona tanto con quel che precede, quanto con quel che segue. Tutta la discussione del testo non è basata su di un contrasto tra la *solutio* e la *l. c.*, nè la decisione di Ulpiano è nel senso di attribuire valore prevalente alla *solutio*. Vi è stata, più che la *l. c.*, una condanna effettiva. *Vi può essere stato anche il pagamento*. Il vero è che la condanna è stata soltanto in una parte del debito (*non maioris quantitatis*, ecc.), che il pagamento è stato pur esso parziale: il vero è, come nel seguito il giureconsulto rileva, che l'attore ha in mente tutto il peculio (*universum peculium intuetur*), e non può esser soddisfatto se non da una condanna commisurata a tutto il peculio, da un pagamento corrispondente.

8. La dualità delle obbligazioni solidali è un mito. Ma è forse triste che una riforma in ultima analisi d'ordine secondario, irregolarmente operata da Giustiniano e non inerente nemmeno al tema della solidarietà, bensì alla procedura, abbia così invischiato gli autori da impedir loro di scorgere la vera portata di altre riforme, veramente radicali, compiute dallo stesso imperatore in questo tema, massime nel diritto del Codice e delle Novelle, probabilmente sotto l'influenza della greca ἀλληλεγγύη, le quali, nella progressiva evoluzione del diritto comune, sostituendo in ogni caso l'estinzione *parziaria* all'estinzione *particolare*, ammettendo, conforme alla volontà di Giustiniano, come regola il diritto di regresso, hanno mutato l'antica solidarietà in una mutua fideiussione senza beneficio di escussione; istituto che dal punto di vista logico e dommatico non ha

nessun diritto ad una posizione autonoma nei codici e nel sistema (1).

---

(1) V. Bonfante-Sraffa, *Solidarietà o mutua fideiussione?* in *Riv. di dir. comm.*, vol. XII (1914), parte I, pag. 905, e negli *Studi in onore di* G. P. Chironi, vol. I (Torino 1915), pag. 599-611.

Di nuovo un documento non insignificante della repulsione all'analisi naturale degli istituti giuridici è per me il vedere come questa nuova teoria, che non è una costruzione, ma una vera eguaglianza geometrica, sia stata mal compresa e apprezzata. Caratteristica è la critica assai cortese che ad essa muove di nuovo il dott. De Semo (op. citata, pag. 41 e segg.). Osserva egli in primo luogo come la teoria prenda le mosse « da idee espresse in Germania dall'Unger, dall'Huc in Francia ». Siamo fuori di strada: perchè ciò mostra che l'autore considera puramente la funzione vera o presunta della solidarietà ed allora gli assertori di questa funzione di garanzia dovrebbero essere molti di più: la nostra teoria è relativa alla struttura della solidarietà *moderna*. La solidarietà romana, qualunque sia la sua funzione (può servire a scopi di garanzia, ma è certo che non serve a questi soltanto ed è ancor più certo che in *solidum* non significa « solidariamente », che l'espressione romana non racchiude menomamente il valore etico, insito nella parola moderna), è un istituto veramente autonomo nelle sue basi fondamentali. Ciascuno è obbligato *per l'intero* o è liberato *per l'intero* dalla obbligazione. L'*estinzione parziaria* è esclusa, come è escluso il *diritto di regresso;* questi sono i capisaldi dell'autonomia, scossa nel diritto giustinianeo sotto il primo aspetto dalla Novella 99, demolita (a mio avviso) sotto il secondo aspetto da interpolazioni opportune, benchè isolate e mal armonizzanti dal punto di vista esegetico.

L'istituto moderno è invece precisamente impostato sulla liberazione *parziaria* dei coobbligati nel caso di estinzione dell'obbligazione per cause subbiettive, e sul riconoscimento del diritto di regresso. Ora questa è la pura e semplice struttura della mutua fideiussione senza diritto di escussione, diritto che non è essenziale all'istituto della fideiussione. Se più obbligati parziarî contraggono una mutua fideiussione, si raggiungono gli stessi precisi effetti della solidarietà: e allora dov'è l'autonomia dell'istituto? Il De Semo obbietta (pag. 44) che la estinzione parziaria riconosciuta nel diritto moderno ha per sua spiegazione il diritto di regresso. Non discutiamo su questa spiegazione, che l'autore avanza con modesta riserva: ma insistiamo che questi due momenti correlativi sono antitetici alla solidarietà romana e la demoliscono; che essi sono i caratteri della greca ἀλληλεγγύη, prima fonte della deformazione dell'istituto romano, la quale significa nella parola stessa « mutua fideiussione »; che essi infine ci mettono dinanzi innegabilmente, ripetiamo, la struttura fondamentale di una mutua fideiussione. Quisquilie e sopravvivenze formali di cattivo gusto non mutano questo risultato. Il Duomo di Milano resta pur sempre una originale

grandiosa costruzione gotica, malgrado gli elementi classici, che ne deturpano la facciata: il Duomo di Aquileia, in origine sullo stile dei tempî di Ravenna, è da secoli, dopo i rifacimenti dei patriarchi di origine germanica, anch'esso un pretto edificio gotico; e oramai che archi, pilastri, cupola, tutta l'ossatura fondamentale, costruttiva, visibile anche nell'odierno scheletro architettonico, nulla ha più di romanico o di bizantino, non potranno certo i mosaici del pavimento o qualche aggeggio decorativo far sì che un qualunque architetto ponga più la superba cattedrale testè riconquistata alla patria in una stessa linea con la Chiesa di San Vitale o di S. Apollinare in Classe.

Postilla. — Il giovane prof. E. Betti in un recente scritto riassuntivo (*L'efficacia estintiva della l. c. nella obbl. sol. passiva*, Progr. di lezioni, Camerino 1918) torna alla distinzione nel campo della solidarietà, e alla separazione della *l. c.* (o anche di altre cause estintive? e quali, in mezzo alla niuna concordia e all'assurda posizione della teoria distintiva?) anche nel diritto classico dalle altre cause obbiettive e generali di estinzione. La mia tesi circa la duplice corrente che ha generato le aberrazioni odierne, è presentata in modo inadeguato, l'inciso *ut magis eos perceptio quam intentio liberet* nella L. 32 pr., D., 15, 1, sarebbe genuino (pag. 40) malgrado che non si legga nella pergamena di Strasburgo, malgrado che *perceptio* nel senso di riscossione sia parola più che sospetta anche fuori dei testi relativi alla solidarietà e malgrado che questa antitesi tra pagamento e *l. c.* sia di pretto conio postclassico e se ne possa stabilir la ragione: la *l. c.* è sparita dalle cause di estinzione!

Non so che dire: la simpatia per le astrattezze e l'abito di sottilizzare sono, pare, tendenze irresistibili pel Betti ed egli vuol essere inaccessibile a qualunque consiglio diretto a fare che le sue ottime doti di studioso non siano sopraffatte e oscurate dalle men buone abitudini mentali e metodiche.

XIII.

Un contratto a favore dei terzi nell'êra classica (*).

Verso l'anno 160, secondo la data più probabile (1), regnante Antonino Pio (2), Apuleio di Madaura, colonia romana sul confine tra la Numidia e la Getulia, dovette difendersi dall'accusa di magìa. Egli aveva sposato una ricca vedova più che quarantenne, Aemilia Pudentilla di Oea, i cui figli, Ponziano e Pudente, sobillati da tristi congiunti, concepirono il sospetto che il bel filosofo e felice conferenziere (3) fosse stato indotto alle nozze da bassi motivi e mirasse a impadronirsi delle sostanze della non più giovane e non venusta sposa (4). Morto Ponziano, il quale negli ultimi tempi si era rappacificato col filosofo, in nome di Pudente fu promossa avanti al proconsole dell'Africa, Claudio Massimo, un'accusa di magìa, rivolta a dimostrare come egli, Apuleio, fosse mago e avesse adoperato arti magiche per sedurre l'austera Pudentilla e persuaderla alle nuove nozze. Il processo si svolse in Sabrata, che devesi quindi supporre sede di un 'conventus'.

L'accusa è tutta intessuta di motivi insulsi, che Apuleio, già patrocinatore in Roma, può ribattere con sprezzante pacatezza e signorile parola. Se non che, demolita la trama

---

(*) Dagli *Studi in onore di B. Brugi*, Palermo 1910, pag. 163-169.

(1) Cfr. Schanz, *Gesch. der röm. Literatur*, München 1895, III, pag. 122 e Teuffel-Kroll-Skutsch, *Gesch. d. röm. Literatur*, III Bd., 6 afl. (Leipzig 1913), pag. 101 e 107, e autori ivi citati.

(2) Apul., *Apol.*, c. 85: 'ante has imperatoris Antonini Pii statuas'.

(3) Apul., *Apol.*, c. 4: 'accusamus apud te philosophum formosum et..... disertissimum'.

(4) Ibid., c. 92: 'mediocri forma, at non aetate mediocri'.

puerile degli avversari, l'oratore chiude la sua difesa con un vero colpo di scena, diretto a togliere ogni fondamento alle insinuazioni dei suoi calunniatori e mostrare il suo filosofico disinteresse. Egli non ha avuto punto una gran somma, ma una dote, per le sostanze di Pudentilla, ben modesta, di 300.000 sesterzi, e questa dote egli si è impegnato a restituirla ai figli di Pudentilla; similmente nel testamento di Pudentilla (e dietro le insistenti preghiere di lui, Apuleio!) è scritto erede il figlio Pudente, che la madre per la sua condotta e le sue calunnie aveva fatto proposito di diseredare. L'una e l'altra cosa, a giudicarne dal tenore dell'orazione, si debbono assolutamente ritenere ignote agli avversari.

Ora il primo punto offre, mi sembra, un vero ed alto interesse storico-giuridico. Ecco come il testo si esprime a due riprese:

> Apulei 'de magia liber' (apologia) 91-92 (ex recens. Helm): 'Iam primum mulieris locupletissimae modicam dotem neque eam datam, sed tantummodo (creditam) (1), praeter haec ea condicione factam coniunctionem (2), nullis ex me susceptis liberis (si) vita demigrasset, ut dos omnis apud filios eius Pon-

---

(1) 'Creditam' o 'ex pacto creditam' è un'aggiunta del Helm. Nel codice mediceo φ è aggiunto in margine da mano recente 'promissam'. Il recensente giustifica la correzione, che a me non pare felice, dicendo: 'nam erat data, sed repetitio filiis pacto concessa', Altre emendazioni proposte ('sed *pactam* modo, sed *dandam* modo') sono anche meno felici. A mio avviso, la lezione 'promissam' può essere benissimo mantenuta. Essa significa che Apuleio non aveva ricevuto consegna materiale della dote, ma che poteva in qualunque momento richiederla; non è impossibile nemmeno che si trattasse di una 'dictio dotis' e che l'indecifrabile parola 'ēlectionē', emendata dal Casaubono in 'coniunctionem', dā altri in 'conexionem' o 'conventionem' o 'compectionem', si debba correggere in 'dictionem'. Al § 102 si legge precisamente 'dotem..... diceret'. Anche nella L. 1, Cod., 5, 12, i compilatori debbono aver piuttosto letto che interpolato '*condictione*' (cōdictione) invece di '*ex dictione*'.

(2) 'Conventionem', Acidal. A nostro avviso 'dictionem'. V. nota precedente.

tianum et Pudentem maneret, sin vero uno unave superstite diem suum obisset, uti tum dividua (1) pars dotis posteriori filio, reliqua prioribus cederet'.

'Haec, ut dico, tabulis ipsis docebo. fors fuat an ne sic quidem credat Aemilianus sola trecenta milia nummum scripta eorumque repetitionem filiis Pudentillae pacto datam. cape sis ipse tu manibus tuis tabulas istas, da impulsori tuo Rufino: legat, pudeat illum tumidi animi sui et ambitiosae mendicitatis; quippe ipse egens, nudus CCCC milibus nummum a creditore acceptis filiam dotavit, Pudentilla locuples femina trecentis milibus dotis fuit contenta et maritum habet, et multis saepe et ingentibus dotibus spretis, inani nomine tantulae dotis contentum'.

102. 'Quid etiam est, Aemiliane, quod non te iudice refutaverim? quod pretium magiae meae repperisti? cur ergo Pudentillae animum veneficiis flecterem? quod ut ex ea commodum caperem? uti dotem mihi modicam potius quam amplam diceret? o praeclara carmina! an ut eam dotem filiis suis magis restipularetur quam penes me sineret'?

Trattasi innegabilmente di una vera stipulazione a favore di terzi nell'epoca a un di presso e nella terra di Giuliano, con azione riconosciuta ai terzi: 'eorumque repetitionem filiis Pudentillae pacto datam'. E dal contesto appare chiaro che i figli di Pudentilla non sono intervenuti nel contratto, non hanno personalmente stipulato la restituzione a lor favore per l'evento della morte di Pudentilla, nel qual caso soltanto l'azione competerebbe loro di pieno diritto (2). Il rapporto implica una patente infrazione dei principî classici, che non si può in tesi generale 'alteri stipulari', che non si può assolutamente con la propria stipulazione in

(1) 'Dimidia', vulg.

(2) Cfr. L. 29, § 2, D., 23, 4; L. 11, D., 33, 4; L. 61 (59), § 1, D., 36, 1; L. 2, Cod., 5, 12; L. 4, Cod., 5, 14.

pro del terzo ' actionem quaerere ' al terzo, che non si può col proprio contratto fare ' ut alter [suo nomine recte Trib.?] agat '.

Il contratto a favore dei terzi, è certamente nullo anche tra le parti (1), salvo l'ipotesi in cui la prestazione fatta al terzo sia fatta in sostanza all'altra parte, cioè, come usa dire, questa vi abbia interesse: esclusa poi totalmente è l'azione a favore del terzo. Nel diritto giustinianeo, per vero, abbiamo in più casi concessa un'azione utile al terzo: ma trattasi di interpolazioni evidenti, ed una di esse attestata persino da Taleleo. Se non che il testo di Apuleio può ben far supporre che lo spediente dell'azione utile fosse tutt'altro che straniero alla prassi del diritto classico. In tal caso i due testi classici, che porgono qualche imbarazzo ai recenti scrittori sull'argomento, l'Eisele (2) e il Pacchioni (3), cioè il Fr. Vat. 286, riprodotto con alcune varianti in l. 3, Cod. ' *De*

---

(1) Quanto alla ragione di questa nullità anche tra le parti (per l'acquisto diretto al terzo il fondamento della negazione è quello stesso per cui si esclude la rappresentanza), io non credo che essa si debba riporre nella nota carenza d'interesse nel contraente, alla quale consentirei tutt'al più il valore di un motivo empirico non sempre rispondente. E in generale l'*interesse alla prestazione* mi sembra un requisito fantastico delle obbligazioni. I testi dicono ben altro. A mio avviso la nullità dell'obbligo a prestare ad un terzo ha la stessa ragione intrinseca che ispira la nullità dell'obbligazione con cui si promette il fatto di un terzo; cioè che ' inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur ' (Paul., L. 83 pr., D., 45, 1). Il peso del contratto per gli antichi non era sulla volontà, ma sulla causa, sul ' negotium ': il ' contractus' è, come io intesi determinare in più scritti, non altro che il ' negotium contractum ' o il ' contractus negotii '. Ora doveva ai giureconsulti classici sembrare altrettanto illogico che un terzo si avvantaggiasse per effetto del ' negotium contractum ' con me, quanto che un terzo riscuotesse la *poena* per effetto del ' delictum contractum ' verso di me. Ciò posto, nel diritto moderno, in cui tutto il peso del contratto è sulla volontà, il principio di massima, mantenuto ancora nel nostro Codice, che dichiara inefficace la stipulazione a vantaggio di un terzo, a me sembra una sopravvivenza storica e non una conseguenza logica del contratto nel suo concetto moderno.

(2) *Beiträge zur röm. Rechtsgesch.*, Freiburg 1896, pag. 81-83.

(3) *Contratti a favore dei terzi*, Innsbruck 1898, pag. 61 e seguenti.

don. quae sub modo' 8. 54, e Paul. lib. II 'Sent.' in 'Coll.' 10. 7. 8, potrebbero apparire sotto una luce ben diversa (1).

Il testo di Apuleio pertanto meriterebbe di esser preso in considerazione dai due felici revisori della storia e della teoria romana del contratto a favore dei terzi, l'Eisele e il Pacchioni (2).

---

(1) Com'è noto, il testo di Paolo è in contraddizione con la L. 16, D., 16, 3 dello stesso Digesto. Quanto al frammento Vaticano, la costruzione della specie e la interpretazione del testo sono molto controverse. Ma tanto l'Eisele quanto il Pacchioni concordano nel ritenere che trattasi di una concessione fatta al terzo ' ope legis ' per ragioni di equità, indipendentemente dal patto; secondo l'Eisele una ' condictio ob causam datorum ' o ' sine causa '. Credo opportuno riprodurre, perchè mi sembra che facciano al caso, queste parole dalle mie *Lezioni sulle obbligazioni* (anno 1906-1907, parte II, pag. 42): « A me sembra che in questo modo non solo si prescinda dal patto, ma *anche dalla motivazione imperiale, per cui quest'azione è concessa* ' *iuxta donatoris voluntatem* '. Questo solo si può rilevare, che mentre nel testo giustinianeo si parla di un « competere actionem », nel testo classico si usa la frase ' decernere actionem, potuit decerni, tibi accomodabitur '. Abbiamo quindi un'azione ' ex decreto ', che dipende dall'arbitrio del magistrato ».

(2) L'apologia di Apuleio ha un commento egregio di Scipione Gentile sull'ottima edizione del Casaubono, commento pubblicato anche nel tomo VI delle opere complete di Scipione Gentile, edite a Napoli nel 1768. In questa parte però il Gentile si è mostrato più imbarazzato che felice. Il caso gli si presenta più grave che non quello della notissima L. 45, D., 24, 3 (che è l'ipotesi più simile alla presente e che pure è riconosciuta come gravemente interpolata), e ciò per un complesso di ragioni che giustificano, a suo avviso, quella decisione. ' Nam illic ex conventione avi datur actio nepti, sed utilis tantum et ex aequitate, eiusque aequitatis triplex illic notatur a Paulo ratio, coniunctio personarum, favor nuptiarum, et ne mulier commodo dotis defraudetur. Adde quod ex persona avi initium obligatio sumpsit, quam transtulit in neptim. Quorum nihil in Apuleii proposito accidit, praeter coniunctionem personarum, quae sola valere ad infringendam regulam iuris non potest ' (loc. cit., nota 1029, pag. 346). E a due riprese tenta togliersi d'imbarazzo con diversi espedienti. Nella nota 902 (pag. 309), al primo passo di Apuleio, e precisamente alle parole « repetitionem filiis pacto datam ', dopo aver rilevato, contro l'opinione dominante degli interpreti del diritto comune, che generalizzavano il disposto della L. 45, D., 24, 3, l'impossibilità di procurare azione al terzo col patto proprio, conclude: ' Sed dicendum est, in proposito nostro stipulationem inter-

Un'ultima osservazione. Dei due passi di Apuleio l'uno parla di un 'pactum', l'altro di 'restipulatio'. Ciò mi sembra confermare la mia interpretazione delle celebri 'pactiones

---

cessisse filiorum' e cita la L. 4, Cod., 5, 14, alla quale si potrebbero aggiungere le altre leggi da noi richiamate sopra. Nella nota 1029 (pag. 346), al secondo passo e precisamente alle parole 'ut eam dotem filiis suis magis restipularetur' gli occorre un'altra via d'uscita. 'Illud nunc succurrit quo pactio vel stipulatio pro liberis a Pudentilla facta valeat, nimirum si liberis tamquam heredibus suis dotem restitui stipulata sit, vel ei cui ipsa relinquere voluerit: hoc enim casu, quoniam sibimet stipulata intelligitur, valet stipulatio, liberisque actio, tamquam heredibus, datur ad repetendam dotem' (L. 4, Cod. *de contrah. vel com. stipul.*). La prima osservazione è, come dicemmo, contraria apertamente al testo di Apuleio e a tutto il tenore della orazione. I terzi non sono affatto intervenuti nel contratto. Tra le altre cose i rampolli pur essi contemplati, di Apuleio e della più che quarantenne Pudentilla (sessantenne, secondo gli avversari), non potevano intervenirvi, perchè non erano ancora nati. Il secondo espediente è poi un rimedio disperato. La 'restipulatio' di Pudentilla non appare punto concepita nè con la formola 'mihi', nè con la più piena 'mihi et heredibus meis'. D'altra parte la data istessa dell'orazione è anteriore di vent'anni circa al senatoconsulto Orfiziano, il contesto dell'orazione dimostra che i figliuoli di Pudentilla, senza le instanti preghiere di Apuleio, sarebbero stati ben lungi dall'essere i suoi eredi, e il patto è concepito nel nome dei figliuoli con una tal precisione di termini, che senza dubbio rivela come Apuleio ripeta le parole stesse in cui era concepita la 'stipulatio'. Un altro espediente, forse, si potrebbe ancora pensare. Pudentilla non doveva esser tenuta a pagare il capitale, ma questo rimanere presso di lei e i suoi eredi, i quali in base al patto avrebbero potuto opporre la 'exceptio pacti conventi': l'inciso 'apud filios Pontianum et Pudentem maneret' potrebbe favorire questa interpretazione. Se non che troppo evidenti ostacoli vi si oppongono (tra altro avremmo un patto esclusivamente costituito a favore dei proprî eredi) e tutto il contesto dei due passi di Apuleio, la 'repetitio ex pacto', la 'restipulatio' a favore dei figli assolutamente vi ripugnano.

Io credo impresa vana di tentar di lottare con l'evidenza: e ammesso che il testo parli di un vero contratto a favore del terzo, altra via di uscita non soccorre se non quella di ammettere che l' 'actio utilis ex decreto' fosse un mezzo nel diritto classico molto più in uso di quanto noi supponiamo. Molti ampliamenti fatti da Giustiniano, con l'espediente delle azioni utili e delle 'actiones in factum', e molti ampliamenti nell' 'officium iudicis' sono più che altro apparenti e derivano dal fatto che il diritto non ha più alcuna elasticità e che al di sopra

et stipulationes' in tema di servitù: il patto significa il contenuto, le 'stipulationes' significano la forma (1).

---

del giudice non vi è il magistrato, che con la sua 'iurisdictio' può anche supplire le lacune della legge (cfr. L. 13, D., 1, 3). Anche presso di noi l'*autorità giudiziaria* ha un'infinità di còmpiti e di larghezze a lei consentite espressamente dal codice, che non si sarebbe sognato di avere il giudice romano nell'êra classica, il quale era liberissimo nel fatto, ma non nel diritto: è una materia in cui spesso anche da competenti si usa dire il contrario, ma per la circostanza che si scambia il magistrato giusdicente col giudice.

(1) Bonfante, *Istituzioni*, 4ª ediz., § 106, pag. 300, nota 1. [Questa dottrina è oramai divenuta dominante ed è accolta anche da coloro che l'avevano avversata: Perozzi, *Ist.*, I, pag. 491, e Berger, in *Z. für das Privat- und öffentl. R. der Gegenwart*, XL, 1913, pag. 8, il quale ritira la sua precedente opposizione alla mia tesi fatta nella stessa Rivista, vol. XXXVIII, 1911, pag. 285, indottovi anche dalle considerazioni di F. Norden (*Apuleius*, Leipzig 1912) sulla scienza giuridica di Apuleio].

Postilla. — I due testi di Apuleio furono presi in considerazione dal Pacchioni, nella nuova edizione dell'opera *I contratti a favore dei terzi* (Milano 1912), pag. 38, n. 2, il quale tenta liberarsi della testimonianza di questi testi per la possibilità classica di un contratto a favore di terzi mediante una congettura ingegnosa ma nel caso poco attendibile: comunque, è certo che un *pactum* ridotto in forma di *stipulatio* (*restipularetur!*) a favore di terzi non intervenuti nel contratto era stato conchiuso, e, si deve supporre, con intenzione di attribuire al terzo una pretesa giuridica.

XIV.

Facoltà e decadenza del procuratore romano (*).

Il *procurator omnium bonorum* non può senza mandato speciale compiere alcuni atti che eccedono, come si suol dire, l'ordinaria amministrazione, che non hanno insomma il carattere di mera economia conservativa; principalmente non ha facoltà di alienare.

Io ritengo dubbia la classicità di simili restrizioni, o per lo meno di quella che può parere la più grave, concernente la facoltà di alienare.

Il divieto espresso è sancito nella seguente legge di Modestino:

L. 63, D. *de proc.*, 3, 3: « Procurator totorum bonorum, cui res admnistrandae mandatae sunt, res domini *neque mobiles vel immobiles*, *neque servos sine speciali domini mandatu* alienare potest, *nisi fructus aut alias res*, *quae facile corrumpi possunt* ».

A questa si aggiungono le seguenti:

Gaio, 7, § 1, D. *quibus mod. pign.*, 20, 6: « Videbimus, si procurator omnium bonorum consentit, vel servus actor, cui et solvi potest, et in id positus est, an teneat consensus eorum? Et dicendum est, *non posse*, *nisi specialiter hoc iis mandatum est* ».

Ulpiano, 11, § 7, D. *de pign. act.*, 13, 7: « Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pigneraticia poterit: *quod in procuratore ita procedit*, *si ei mandatum fuerit pignori dare* ».

(*) Dagli *Studi giuridici dedicati a F. Schupfer*, I, Torino 1898, pag. 3-13.

Ulpiano, 13, § 25, D. *de act. empti vend.*, 19, 1: « Si procurator vendiderit, et caverit emptori, quaeritur, an domini, vel adversus dominum actio dari debeat; et Papinianus libro tertio Responsorum putat, cum domine ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, *si modo rem vendendam mandavit;* ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex empto actionem domino competere ».

Ora in primo luogo ciascuna di queste leggi non mi sembra che abbia carattere genuino e classico nella dizione.

I più gravi indizi si accumulano precisamente contro il testo fondamentale e reciso di Modestino quasi a ogni frase. Vada per il *procurator totorum bonorum*, benchè *totorum* per *omnium* non abbia sapore di candida e propria latinità; e vada pure per l'aggiunta pleonastica *cui res administrandae mandatae sunt.* Ma certamente sospetto è l'aggettivo *specialis* e tutto l'inciso « *sine speciali domini mandatu* », nonchè la viziosa ripetizione *domini* e la curiosa maniera di esprimersi per dire semplicemente che il procuratore non può alienare se non i frutti e le cose deperibili; *res domini* neque — *alienare potest* nisi *fructus aut alias res*, etc. La grammatica fa quasi toccar con mano il travolgimento a un senso negativo d'un testo schiettamente affermativo: quanto alla genesi dell'aggiunta particolareggiata (mobili, immobili, schiavi, salvo i frutti, ecc.) sarà chiara in seguito.

Decisiva è poi la menzione delle *res immobiles* e *mobiles*. Il diritto romano genuino non conosce questa categoria e ignora affatto il termine di *res immobilis.* Anche circa il decorso dell'usucapione le XII Tavole non distinguono propriamente tra cose immobili e mobili (1), bensì tra *fundus*

---

(1) Non credo pertanto che a questo proposito si esprima felicemente il Pernice: « È notevole che le XII Tavole distinguono i termini dell'usucapione secondo la *mobilità* o *immobilità* delle cose, non già secondo la loro qualità di *res mancipi* o *nec mancipi* » (*Labeo*, II, 1895, pag. 333).

Io riterrei piuttosto che al tempo delle XII Tavole l'usucapione non potesse riferirsi alle *res nec mancipi;* ma lo studio sulle *res man-*

e *ceterae res;* e mentre si potè dubitare se nel *fundus* fossero ricompresi gli edifici, dall'altra parte non v'ha dubbio che le *ceterae res* ricomprendevano le servitù, l'eredità, le donne, che non s'hanno a chiamare mobili se non per gioco. I giureconsulti classici per significare gli immobili usano poi costantemente le espressioni *fundus*, *fundus et aedes*, *res*, o *ea quae solo continentur* o *tenentur* (locuzione propria dei giureconsulti, dice Seneca), *res solo cohaerentes*, *res soli* (1).

Sorge la distinzione di cose immobili e mobili, si creano forme pubbliche di trasferimento per le cose immobili da imperatori e prefetti del pretorio, e finalmente spunta e ridonda il termine stesso di *res immobilis* nelle costituzioni dell'epoca romano-ellenica, mentre la genuina categoria romana delle *res mancipi* e *nec mancipi* periva (2).

V'ha bensì alcuni frammenti classici, in cui compare la locuzione *res immobilis*, ma sono certamente interpolati.

Macer, 15 pr., D. *qui satisd. cog.*, 2, 8; Iav., 23 pr., D. *de us. et us.*, 41, 3.

Interpolata è anche, come io già ritenni, la L. 2, Cod., 3, 34, di Caracalla, ove pure coi Greci e Cuiacio è da leggere *exemplo rerum immobilium*, non già *mobilium* (3).

---

cipi, che ciò m'induce a credere, è affatto ignoto al Pernice; per lo meno nel senso in cui un libro che non ripete cose già dette si può intender noto.

(1) Bonfante, *Res mancipi*, pag. 152, n. 1-5 [= *Scritti giur. varî*, vol. II, pag. 239 e nn.; ved. postilla pag. 242-259].

(2) *Res mancipi*, pag. 153, n. 1, 2 [= *Scritti giuridici varî*, vol. II, pag. 240 e n.].

(3) Bonfante, *Iusta causa*, nella *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. XV, 1893, pag. 177, n. 1.

Dall'interpolazione di questa legge io traevo che « la *longi temporis praescriptio* delle servitù i giureconsulti classici non la conoscessero, ma che essa è innovazione di Giustiniano ». V. ora in questo senso vigorosamente Perozzi, *Sui modi pretorî di acquisto delle servitù*, nella *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. XXIII, 1897, pag. 171. Non mi persuadono però interamente le altre interpolazioni ammesse dal Perozzi (inutili anche, mi sembra, perchè queste altre leggi non par-

Similmente in Ulpiano, *Reg.*, 19, 6 e 8, si ha una sostituzione del barbaro abbreviatore.

Quanto alle altre leggi relative alla questione proposta, in Ulpiano, 11, § 7, D. *de pign. act. vel contra*, 13, 7, l'aggiunta *quod-ita procedit* è il tipo caratteristico delle restrizioni giustinianee e il verbo *procedere* in questo senso proprio dei compilatori

Lo stesso dicasi della restrizione *nisi specialiter*, etc., in Gaio, 7, § 1, D. *quib. mod. pign.*, 20, 6. Di più *non posse* è formale stonatura ove richiedevasi *tenere* o *valere* o *sufficere* (1).

Men bello è il testo di Ulpiano, 13, § 25, D. *de act. empti vend.*, 19, 1: *si modo* è anche più caratteristico per le limitazioni incastrate in testi precisi e generali e anche assai duro nel caso per la sua mala collocazione (2).

*
* *

Il testo delle Istituzioni di Gaio circa le persone cui compete la facoltà di alienare oltre il *dominus*, che potrebbe troncar netta la nostra questione, è sventuratamente monco. Dopo il curatore del furioso, Gaio (II, 64), soggiunge: *item procurator* (qui una lacuna di circa venti lettere) *est*. Le

---

lano di *longi temporis praescriptio* delle servitù) nè il carattere probatorio o presuntivo attribuito dal Perozzi alla *vetustas* in proposito. I testi parlano di azione utile da concedere dopo un certo tempo di uso, ma non è che ritengano punto provata o che presumano la reale esistenza del diritto [V. ora *Scritti giur. varî*, II, pag. 956 e segg.].

(1) Il Pernice, *Labeo*, 1873, pag. 499, 15, mette sull'avviso che il testo non può essere interpolato; con che forse vuol dire che n'ha appunto l'apparenza.

(2) Interpolate o dubbie mi sembrano pure le due leggi di Gaio, 25, § 1, D., 4, 4 (Si *talis interveniat iuvenis* (!) cui *praestanda* (?) sit restitutio, *ipso postulante* (invece che *ipsi*, ecc.) praestari debet aut procuratori eius, *cui id ipsum* (!) *nominatim mandatum sit: qui vero generale mandatum de universis negotiis gerendis alleget, non debet audiri*), e 12, D., 13, 7 (la chiusa *ab eo*, ecc.); ma intendo limitarmi alla facoltà di alienare.

diverse restituzioni tentate si ispirano tutte (salvo la seconda del Huschke) all'idea di restringere e condizionare questa grave facoltà del *procurator*.

Le riportiamo, benchè tutte poco sostenibili (e le più antiche assolutamente da rigettare dopo l'ultima visione del palimpsesto per opera dello Studemund), affinchè si veda la tendenza di ciascuna.

Böcking: « Scilicet si libera sit eius administratio ».

Dernburg, *Pfandrecht*, II, 109: « Procuratori rem alienam distrahere permittitur ex mandatoris voluntate ».

Huschke, 1ª ediz.: « Rem eius a quo rerum administratio data est ».

Huschke, 5ª ediz.: « Cuius persona officio muneris eadem est ».

Mommsen: « Si quid ne corrumpatur distrahendum est ».

Krüger: « Rem absentis, cuius negotiorum libera administratio concessa est ».

Non avanziamo proposte nuove; ma ci limitiamo a osservare che il contesto gaiano sembra più favorevole alla nostra tendenza. Certo non è probabile che a *procurator* seguisse una pleonastica apposizione: doveva la lacuna contenere una qualifica o un limite nell'esercizio della facoltà di alienare. Ma che questo limite fosse il mandato speciale o la condizione *si quid ne corrumpatur*, ecc. (ispirata evidentemente dal frammento di Modestino) non è affatto possibile: il principio mancherebbe di ogni serietà, la facoltà di alienare, della quale ivi si discorre *ex professo*, di ogni contenuto o almeno di ogni contenuto significativo. Inoltre, a parte che il mandato, come è certo oramai, non costituiva sempre l'incaricato *procurator*, devesi rilevare che la facoltà di alienare del *curator* e del *procurator* è fatta dipendere, espressamente per l'uno e in modo che si deve presumere per l'altro, *dalla legge*, in antitesi a quella del creditore pignoratizio, fondata precisamente *sul patto* e sulla *volontà del debitore*. Io crederei che il testo gaiano contenesse una perifrasi atta a qualificare il *procurator omnium bonorum* o

dichiarasse la fonte legale (i *mores*, ad esempio) di questa sua facoltà.

*
* *

Le parole *administrare*, *gerere* usate in modo assoluto non hanno presso i Romani il senso limitato e piuttosto convenzionale fissato nei Codici e nell'uso odierno, specialmente in certe frasi tecniche « ordinaria amministrazione, atti di amministrazione »; non denotano, vale a dire, un'amministrazione puramente conservativa, ma rappresentano invece il concetto economico nella sua piena virtualità; quindi escluse le donazioni e le spogliazioni e alienazioni dolose, non le alienazioni proficue di qualunque genere e nemmeno i *munera* o donativi socialmente obbligatorî. Così nella tutela, nella cura, nell'amministrazione del peculio concessa agli schiavi e ai figli di famiglia. E precisamente l'amministrazione è messa in rilievo costantemente nel *procurator omnium bonorum:* di esso si dice, a differenza degli altri *procuratores*, che amministra le cose o i beni, i negozi, o la totalità dei beni o dei negozi, o che sostiene l'amministrazione. Nè io credo in proposito che le formule relative alla concessione dell'*administratio* o *libera administratio* significhino il mandato o altro ammennicolo speciale che debba essere soggiunto alla procura, ma credo invece che esse esprimano il contenuto complessivo delle facoltà naturalmente ricomprese nel concetto del *procurator omnium bonorum.* Le restrizioni giustinianee hanno oscurato questo concetto; ma oltrechè dal sopraddetto modo di designazione del *procurator omnium bonorum*, la genuina sua figura emerge chiara pel fatto che sarebbe un troppo povero giuoco di parole conceder l'amministrazione come facoltà distinta a un amministratore (1).

---

(1) Nella classificazione fatta da Paolo, *Sent.*, 1, 3, 2: « Procurator aut ad litem aut ad omne negotium aut ad partem negotii aut ad res administrandas datur », il *procurator ad res administrandas datus*, anche per la gradazione, non può essere appunto che il *procurator*

*
* *

Il *procurator* tipico, *omnium rerum*, è detto *paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius*, in Cicerone (1). È poi abbastanza frequente nelle nostre fonti il discorso sull'alienazione compiuta dal *procurator*, e il mandato speciale ad alienare si deve pel diritto giustinianeo supporre implicito nella specie, ma con un certo sforzo (2). V'ha infine un testo noto delle *res cottidianae* di Gaio, la L. 9, § 4, D. *de acq. rer. dom.*, 41, 1, in cui simile facoltà è genericamente attribuita alla persona *cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur concessa est.* Di speciale mandato ad alienare non si fa motto. Il Pernice nondimeno (3) si rifiuta d'intendere il passo di Gaio nella sua generica estensione, e preferisce di riportare tutto il peso della decisione alle parole *ex negotiis*, ricollegando il frammento a L. 11, § 7 e L. 12, D. *de pign. act.*, 13, 7: la facoltà di alienare compete al procuratore allorchè essa rientra nell'azienda d'affari del principale. Ma, se pure è genuino, l'inciso *ex negotiis* si può forse intendere più agevolmente « nella sfera di amministrazione in generale », « nell'amministrare i beni », e starebbe a rappresentare la consueta opposizione tra le regolari alienazioni e le elargizioni capricciose o le alienazioni dolose.

A questo frammento delle *res cottidianae* si ispirava evidentemente la restituzione del Krüger nel testo delle Istituzioni gaiane; senonchè l'assenza mi pare mentovata nelle *res cottidianae* a puro titolo di esemplificazione per essere

---

omnium bonorum. Lo Schlossmann intende che tale sia il *procurator ad omne negotium;* ma specialmente data l'antitesi colla frase *ad partem negotii*, è chiaro che il *procurator ad omne negotium* è il procuratore che conduce *tutto un affare*, non già quello che dirige tutta l'azienda del principale.

(1) Cic., *Pro Caec.*, 57. Cfr. anche Scaev., L. 60, § 4, *Mand.*, 17, 1.

(2) Cfr., ad esempio, L. 35, D. *de a. r. d.*, 41, 1; L. 7, § 6, D. *pro empt.*, 41, 4; ecc.

(3) *Labeo*, I, 1873, pag. 499, n. 15.

anche al tempo di Gaio il caso più normale e frequente di costituzione del *procurator* e colla perifrasi *cui libera negotiorum administratio concessa est* io intendo, come sopra ho dichiarato, il *procurator omnium bonorum.*

*
* *

Un punto fondamentale è certo il seguente.

Il *procurator* è appaiato regolarmente nelle nostre fonti col *tutor* e col *curator* (1) e principalmente, quel che più importa, in tema di trasmissione del dominio o del possesso. Come è noto, anzi, l'acquisto del possesso mediante *procurator* ha la stessa legale efficacia che l'acquisto del possesso da parte del *tutor* o del *curator*, e in proposito spunta nello stesso diritto giustinianeo l'antitesi fra procuratore e mandatario. Ora la gestione del *tutor* e del *curator furiosi* non era certo nel diritto classico meramente conservativa. *Essa ricomprendeva anche la facoltà di alienare;* e come del procuratore in Cicerone, così è detto ripetutamente nelle nostre fonti del *tutor* e del *curator furiosi* ch'essi « domini loco habentur, dominorum vice sunt ».

Ma più degna di pensiero e di rilievo è finalmente la stessa involuzione subìta dalla facoltà di alienare del tutore e del curatore stesso e il punto estremo cui si pervenne nel diritto giustinianeo. Già Severo aveva proibito ai tutori di alienare i fondi rustici e suburbani: ma Costantino e Giustiniano stabilirono il divieto generale, *salvo i frutti* (e su questa eccezione Giustiniano credè opportuno d'insistere, a troncar questioni e dubbiezze) e *altre cose facilmente deperibili* (2). È questa precisamente la restrizione portata alle facoltà del *procurator*, è questo il tono della legge attribuita a Modestino.

---

(1) E viceversa, nota anche il Pernice, che pupilli e furiosi vengono messi e trattati alla pari cogli assenti. *Labeo*. I. 490. n. 8.

(2) Cfr. Constantinus, L. 22, § 6, Cod. *de adm. tut. et cur.*, 5, 37; Iustinianus, L. 28, § 5, *ibid.*

*
* *

L'essenza del *procurator* negli ultimi tempi ha richiamato l'attenzione degli studiosi a proposito d'una celebre controversia. Si è visto che il *procurator* non è figura perfettamente identica al mandatario, perchè mentre questi (*is qui mandatum accepit*) non acquista *direttamente* il possesso al rappresentato, il *procurator* acquista *direttamente* possesso e proprietà, come il tutore e il curatore. L'opinione dominante e la spiegazione delle opposte sentenze fino agli ultimi tempi era quella che va col nome del Jhering: procuratore è colui che agisce in nome del principale, mandatario colui che agisce in nome proprio. Il criterio esegeticamente non regge. Ciò fu dimostrato dallo Schlossmann in un suo geniale scritto *Der Besitzerwerb durch Dritte* (Leipzig 1881), nel quale si volse a indagare in guisa ben più profonda il carattere del procuratore romano. Il *procurator* è distinto essenzialmente dal mandatario, sovrattutto per la sua base sociale: non è un semplice incaricato, ma una specie di *factotum* ai servigi del principale, di solito un liberto, il quale poteva esser munito di mandato, e allora dicevasi *cum administratione* o *cum libera administratione*, ma il più delle volte era anche senza mandato. Insomma sua base essenziale non è il vincolo contrattuale e giuridico del mandato, bensì la fiducia del principale, il carattere e il rapporto sociale della persona col principale: suo tipo è il *procurator omnium bonorum*, non il mandatario *unius negotii*.

Lo Schlossmann ebbe critici arguti, principalmente il Fadda (1) e lo Scialoja (2): e difatti, a tacer d'altro, il punto che al *procurator* non occorre mandato (idea già ritenuta dal Pernice, dal Wlassak e dall'Eisele) esegeticamente non resiste: il *negotiorum gestor* è un *falsus procurator*. Lo Scialoja opinò invece che l'essenza del *procurator* consista nell'aver

(1) *Arch. giur.*, vol. XXVII, pag. 316.
(2) *Cultura*, 1882, I, pag. 428-436.

cura dei negozi altrui *non per un solo momento*, *ma prolungatamente*, e che il vero procuratore debba esser anche munito di mandato.

Questa idea ci sembra rendere veramente il concetto giuridico del *procurator*. In effetto essa porge nella stabilità dell'ufficio una ragione dell'acquisto diretto del possesso — il *procurator* non ha solo mandato di acquistare, ma rappresenta il principale nel possesso della cosa — e si attaglia bene col carattere sociale del *procurator*, l'aver approfondito il quale resta sempre merito dello Schlossmann, colle sue tipiche applicazioni — *procuratores possessionum*, *procurator meus*, *tuus*, *Caesaris*, ecc. — col significato dell'*officium procuratoris* e coll'essenza dei due istituti paralleli, la tutela e la cura. Anche il Lenel definisce ora il *procurator* « stabile organo economico della persona da esso rappresentata », e soggiunge pure che « il procuratore è certamente, come tale, un mandatario » (1).

E nondimeno, per quel che concerne il mandato, il vincolo contrattuale del *procurator* col *dominus* (che vuol significare il *dominus negotii*, ma doveva forse anteriormente esprimere una relazione signorile, o quasi, rispetto allo stesso *procurator*) mi par certo già una classica alterazione del concetto primitivo del *procurator*. L'opposizione del mandatario e del *procurator* in Cicerone: « se deve *praestare fidem* il tutore, il socio, il *mandatario*, il fiduciario, la deve anche il *procurator* » (2), è troppo netta e recisa. Come pure io riterrei collo Schlossmann che la originaria e sempre tipica figura del *procurator* sia appunto il *procurator omnium bonorum:* non solo da Cicerone ciò risulta (3), ma nella stessa giu-

---

(1) *Jahrb. für die Dogm. des Rechts*, vol. XXXVI, 1896, pag. 83.

(2) Cic., *Top.*, 42: « Sunt enim similitudines quae ex pluribus conlationibus perveniunt quo volunt hoc modo: si tutor fidem praestare debet, si socius, *si cui mandaris*, si qui fiduciam acceperit, *debet etiam procurator* ».

(3) Cic., *Pro Caec.*, 20, 57: « Is qui legitime procurator dicitur *omnium rerum* eius qui in Italia non sit absitve reipublicae causa quasi quidem paene dominus ».

risprudenza classica Pomponio e anche altri, a quel che sembra, dei più tardi giuristi (1) non ritenevano vero procuratore che il *procurator omnium bonorum.* Il mandato è, per dir così, la veste nella quale il *procurator* fa il suo ingresso nel diritto: e forse il mandato generale fu inventato la prima volta per esso. Ma il contratto di mandato non nacque col *procurator* e per lui.

A ogni modo la posizione sociale e l'essenza giuridica del *procurator* si conciliano certo anch'esse coll'idea che l'amministrazione sua dovesse intendersi nel senso di economia normale, non meramente conservativa.

*
* *

Nella società romana che, nonostante il suo ricco svolgimento, non si svelse mai dalla sua base patriarcale, come l'Inghilterra non la ruppe con le sue vecchie feudali origini, la giuridica fisonomia del procuratore, i suoi tratti caratteristici non erano che la riflessa e parziale immagine di un tipo reale e organicamente perfetto esistente nella coscienza e nella vita del popolo. Istituzione di fatto prima di esser di diritto; come le più genuine e tenaci istituzioni romane nata nel consorzio familiare, e indi riconosciuta e assunta nel *ius civile;* costituente un ufficio e carattere personale più che un mero subbietto passivo del vincolo obbligatorio, il *procurator* balza fuori dalle fonti classiche, letterarie e giuridiche, quale una figura schiettamente nazionale e distinta dal mandatario. Devoto liberto ove era già schiavo obbediente, egli continua le stesse funzioni di prima (occorre anche lo schiavo *procurator*) (2) nè si considera assolutamente estraneo alla famiglia, cui lo legano i vincoli, anche essi familiari prima di essere in parte giuridici, del patronato e della clientela: e se il diritto in proposito regola

(1) Ulp., L. 1, § 1, D. *de proc.*, 3, 3.

(2) Cic., *Ad Att.*, 14, 16; *De or.*, 1, 58, 249; Petr., *Sat.*, 30, 1; Quint., *Decl.*, 345. Per vero in qualche testo potrebbe anch'essere un liberto.

per certi riguardi i suoi atti come se fosse ancora effettivamente membro della famiglia, non compie quindi un'assoluta finzione (1).

Ma appunto perchè essenzialmente romano, l'istituto del *procurator* doveva oscurarsi nella progressiva espansione del popolo, e svanire nella società romano-ellenica. Il riflesso giuridico di questa nuova fase è presentato dal ricollegarsi via via più intimo del *procurator* col mandato e finalmente dal restringersi delle facoltà normali del *procurator* tipico, *omnium bonorum*, alla mera amministrazione in senso conservativo, salvo, sempre, uno speciale mandato ad alienare. Il diritto giustinianeo non ha raggiunto una completa fusione dei due istituti allo stesso modo che non l'ha raggiunta, malgrado la chiara tendenza, circa la tutela e la cura: ma il *procurator*, se non si confonde col mandatario (e negli scrittori ciò avviene quasi costantemente), emerge dal mandato quale una varietà difficile a determinare, ed è ridotto, come il precario, da istituto sociale a mero concetto legale; e anche concetto oscuro ed evanescente, le cui superstiti specialità non interamente si spiegano a lume della mera logica giuridica.

---

(1) Non crediamo che a negare la rappresentanza diretta con rigore, cui si fa breccia nella nota eccezione relativa a tutori, curatori e procuratori, il diritto romano fosse indotto per ispirito di tutela della libertà, come opina lo Schlossmann, o altro motivo etico o giuridico, bensì per l'antichissima e radicata tradizione dell'ordinamento primitivo della città, che mette l'uno di fronte all'altro i gruppi familiari come *organismi chiusi e politicamente ordinati*, che possono gli uni con gli altri entrare in rapporto per mezzo dei *capi* o dei *soggetti*, ma non per mezzo di *persone straniere*. La forma più antica dell'adagio è certo *Per extraneam personam nihil adquiri potest*, non già *Per liberam*, ecc., come, contro l'asserzione di Gaio, sostiene lo Schlossmann. — V. Pacchioni, *Contratti a favore di terzi*, Innsbruck 1898, pag. 6, n. 1 [e in *Grünhut's Ztschr.* 30 (1902), pagg. 227 e seg.; *Contratti a favore dei terzi*, Milano 1912, pag. 375-383].

XV.

Mandato " post mortem „ (*).

1. La questione del mandato *post mortem* nel diritto romano si può considerare dal lato esegetico da tempo come esaurita; anche la vecchia esegesi pervenne a stabilire l'interpolazione dei testi classici. Lo stato delle cose sotto questo aspetto si può riassumere in breve. Alla tesi affermativa, cioè favorevole alla validità, ostava la L. 108, D. *de sol. et lib.*, 46, 3, la quale invano si volle emendare da Cuiacio, leggendo, mediante spostamento di parole, nel primo e nel secondo periodo, *post mortem meam recte solvitur*, e *post mortem meam non recte solvitur*, spostamento che rende, tra altro, inintelligibile la prima parte del testo. Alla tesi negativa ostava la L. 12, § 17, la L. 13 e forse anche la L. 27, § 1, D. *mand.*, 17, 1; leggi che invano si vollero ridurre a configurazioni eccezionali, o ammettendo il *favor religionis et sepulchri* (Noodt), mentre per l'appunto il favore dei sepolcri non si estende ai monumenti, come attesta lo stesso Marcello (L. 1, § 19, D. *ad leg. Falc.*, 35, 2), ed è poi detto espressamente altrove dallo stesso Ulpiano che il mandato relativo alla sepoltura non vale (L. 14, § 2, D. *de rel.*, 11, 7); o riconoscendo ogni mandato la cui esecuzione ha per presupposto la morte del mandante (Vinnio), mentre pure i monumenti si possono erigere ed era ben costume tra i romani di erigerli vivo il soggetto, e *ad abundantiam* fa pure al proposito che il mandato per la sepoltura non vale. I due scrittori che più lungamente si occuparono

(*) Dalla *Giur. it.*, vol. LV, 1903. Con osservazioni.

della questione, lo ZIMMERN (1) e il DIETZEL (2), non esitarono a dichiarare interpolati i testi, cioè la L. 12, § 17, *mand.*, 17, 1 (soppresso il *non;* si deve leggere *heres eius non poterit*, ecc., come rivela anche l'antitesi *illum vero!*), la L. 13 (*non idem* per *idem*, se non forse, come è più probabile, l'alterazione del senso risulti pure dalla connessione col precedente frammento interpolato).

Lo ZIMMERN affermò pure interpolata la L. 27, § 1 *eod.*, di GAIO, nella quale si dovrebbe pure leggere *non constitit obligatio*, ovvero sopprimere *post mortem meam;* senonchè l'interpolazione di questa legge non è sicura, perchè non trattasi ivi di mandato *post mortem*, ma di donazione con un onere. Il motivo dell'interpolazione sarebbe la nota legge di GIUSTINIANO, 11, Cod., 8, 38, con la quale questo imperatore riconobbe, contro le regole classiche, la possibilità di costituire l'obbligazione in persona del proprio erede. A dichiarare la tendenza giustinianea potrei soggiungere che a me sembra interpolata la L. 12, § 4, D. *de rel.*, 11, 7, dalle parole *nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est: tunc enim*, ecc.

Il tema invece, come la maggior parte dei problemi dommatici ancora insoluti della dottrina romanistica, merita di essere considerato sotto un punto di vista organico. È un concetto questo, del mandato *post mortem*, che si trova ai confini del diritto successorio e del diritto delle obbligazioni, e il cui studio quindi spinge a gettare lo scandaglio al fondo di questi due vasti sistemi; ed è un concetto che pone a cimento il nostro senso giuridico e la nostra coscienza etica.

Il punto di vista esegetico detta anche l'aspetto in cui d'ordinario il problema si pone. Il mandato è conchiuso tra vivi per essere eseguito *post mortem mandantis;* trattasi

---

(1) ZIMMERN, *Arch. für civ. Praxis*. IV, 235.

(2) DIETZEL, *Linde's Zeitschrift*, XIII, pag. 434. Il sospetto d'interpolazione era stato affacciato anche dai vecchi giuristi.

nei testi dell'erezione di un monumento o dell'acquisto di un fondo per gli eredi, e la questione è se l'obbligazione corra tra il mandatario e gli eredi del mandante.

Ci giova considerare dapprima questa ipotesi e questo punto di vista, che si potrebbe dire *il punto di vista contrattuale* del rapporto.

2. Due regole sono invocate in questo argomento: il principio *mandatum morte finitur*, e l'aforisma *obligatio ab heredis persona incipere non potest.* La prima è una regola eccezionale che vige pel mandato come vige per la società; e nel mandato come nella società è un principio coerente con l'altro, pur esso eccezionale, della revoca o rinunzia *adhuc re integra.* Fuori di queste ed altre sporadiche eccezioni, le obbligazioni, una volta formate, passano agli eredi, e questa è anzi l'essenza ed il pernio della successione ereditaria, e *adhuc re integra* si potranno risolvere per mutuo dissenso, manifestato, ove occorra, in forma corrispondente, ma non per disvolere di una sola delle parti; il vigore del contratto non vuol essere all'arbitrio di un solo. Ciò basta per ritenere che la regola non può avere nulla che vedere con l'altro adagio classico che nel diritto classico si pone come *generale* a ogni rapporto obbligatorio: *obligatio ab heredis persona*, ecc. Ora questa regola *mandatum morte finitur* pare la ragione schietta dell'incompatibilità del mandato *post mortem*, il fondamento immediato della teoria negativa. L'esegesi poi non mena ad altro risultato, poichè appunto il cardine esegetico della teoria negativa, la L. 108, D., 46, 3, di Paolo, pronuncia l'invalidità del mandato *post mortem* per la regola *quia mandatum morte finitur.* Ma, lasciando pure da parte l'esegesi, se si vuol guardare freddamente alle cose, è chiaro che la regola *mandatum morte finitur* non mira tanto a impedire la costituzione di un mandato che debba essere eseguito dopo la morte, cioè che abbia per oggetto un fatto da compiere veramente, inizialmente dopo la morte del mandante, quanto la con-

tinuazione del mandato tra vivi in persona degli eredi. Le due cose sono diverse: se la regola *mandatum morte finitur* è, come si è notato sopra, norma isolata o eccezionale nel campo delle obbligazioni, principio di diritto singolare (1); se il passaggio dell'obbligazione agli eredi costituisce invece la norma generale e il fulcro della successione, l'invalidità del mandato costituito per eseguirsi inizialmente *post mortem* non era invece nel diritto classico un diritto singolare, poichè nella stessa guisa la giurisprudenza negava ogni stipulazione, ogni patto e contratto *post mortem*. Ed è con la *continuazione* in persona degli eredi anzichè col *principio* del mandato in testa loro che pare aver rapporto lo stesso tenore letterale (*finitur!*) della regola. Anche supposto dunque che la norma relativa al mandato fosse assoluta e inderogabile, si può ritenere che il mandato *post mortem*, dato che il suo inizio sia dal momento della morte, dato che qui di finire o continuare non si discuta, perchè il mandato avrebbe principio ora, sia una sfera non tocca da quella regola, la quale si potrebbe anche ritenere intrusa nel testo di Paolo dai compilatori stessi, forse invece dell'altra *obligatio ab heredis persona*, ecc. E del resto è più che contestabile, nel diritto giustinianeo e nel diritto moderno, che la regola sia una norma assoluta, *iuris publici;* essa non è, probabilmente, che una norma dispositiva, nel qual caso essa vieta bensì il passaggio legale, *ipso iure*, negli eredi, ma non il passaggio per volontà delle parti, che può essere all'uopo anche presunto, cioè *tacitamente* reso manifesto (2).

---

(1) [Probabilmente nel diritto romano classico essa si ricollegava a un pensiero generale che escludeva dalla successione tutti i rapporti non vincolativi, in quanto l'erede romano subentra nella posizione giuridica, ma non nella volontà del defunto, e il mandato dipende sempre dalla volontà. Nel diritto giustinianeo l'erede subentra anche nella volontà, onde questa ed altre norme sopravviventi hanno carattere anomalo o eccezionale].

(2) V. per questa interpretazione la nota precedente.

3. Volgiamoci all'altra regola: *ab heredibus* (*vel contra heredes*) *obligatio vel actio incipere non potest.* L'aderenza ai testi giustinianei induceva per lo passato gli autori a respingere ogni relazione del mandato *post mortem* con questa regola. La scoperta di Gaio ha conquistato però a favore di questa relazione anche una base esegetica che si deve ritenere più attendibile, data la sua più sicura genuinità, che non il testo di Paolo per la regola *mandatum morte finitur.* Ma la relazione anche intrinsecamente appare più fondata; il mandato *post mortem* suppone, pare indubitato, che il mandato si inizî nella persona dell'erede, che l'azione possa essere intentata soltanto dall'erede; i testi stessi invocati parlano precisamente del diritto e dell'azione dell'erede. D'altra parte mi sembra si possa desumere dalle due leggi giustinianee che occorressero nella giurisprudenza classica due formole parallele: *ab heredibus* (*vel contra heredes*) *obligatio*, ecc., e *post mortem debitoris vel creditoris stipulatio* (*vel contractus vel pactio*) *conferri non potest.*

4. Ma perchè l'obbligazione non si può formare in testa agli eredi? La facile tendenza empirica che contro il Savigny e la scuola storica ebbe recentemente il suo illustre teorico nel Jhering, ricorreva all'uopo ad uno dei suoi motivi favoriti: « il formalismo del diritto antico »; il più disperato, il più fallace, il più vuoto dei motivi storici addotti non per spiegare, ma per risparmiarsi la spiegazione d'un principio di diritto (1). Sarebbe stato il forma-

(1) [Di recente n'è stato inventato uno peggiore pel suo carattere equivoco: « il materialismo del diritto antico ». La più fulgida applicazione di questo nuovo concetto è stata offerta (sulle orme per vero di un celebre tedesco, il Lenel) da un giovane studioso in tema di legati, il quale, tra parecchi vani *idola scholae*, enuncia anche l'osservazione che *successio in locum*, dato il carattere materialistico dell'antico diritto, doveva equivalere a *successio in rem* (Coli, *Lo sviluppo delle varie forme di legato*, ecc., pag. 37, 38). E sì che parrebbe *esegeticamente* dimostrato (a prescindere da ogni altra considerazione, pur sempre meno cervellotica del preteso motivo materialistico) dal Longo

lismo della stipulazione il motivo della regola. Così non solo il Glück (1) prima della scoperta di Gaio, ma anche lo Scheurl (2). Di fronte al testo di Gaio, III, 158, in cui l'invalidità del mandato *post mortem* è fatta dipendere precisamente dalla regola *obligatio ab heredis*, ecc., questa spiegazione non ha attecchito. Del resto, sempre dal lato esegetico, basta rilevare che le stesse leggi abolitive di Giustiniano parlano cumulativamente di stipulazione, contratto e patto. Nella dottrina dominante il mandato *post mortem* è messo in correlazione con la generale invalidità dei contratti a favore di terzi. Quando, è il pensiero direttivo, l'erede non succede in un'obbligazione già costituita in testa al suo autore, egli non compare come erede, ma come terzo. La critica recente del *Corpus iuris* sulla base delle interpolazioni sembra fatta per corroborare con la storia la teoria dominante, giacchè tutte le varie figure in cui si può vedere riconosciuto il contratto a favore di terzi sono emanazioni di Giustiniano. L'interpolazione è in ciascun testo relativo delle più evidenti e per più lati afferrabile, in un caso persino constatata, non dalla comparazione col testo classico, ma, quello ch'è più raro e per avventura val meglio, dalla confessione esplicita dei compilatori ricavata da uno scolio dei Basilici (3). Parrebbe adunque che il riconoscimento del contratto *post mortem* rappresenti un momento, un caso di questa tendenza nuova, post-classica, che rompeva i termini classici del contratto e che doveva più viva e vasta erompere nella

---

e da me che *successio in rem* non è locuzione nè reperibile nè possibile *in lingua latina;* che *successio* significa necessariamente in lingua latina *successio in locum* (rappresentazione materialistica se si vuole, ma ragionevole), che *successio in ius* è lo stesso che *successio in locum* o *in locum et in ius.* Ma il preteso « motivo materialistico », in cui quel che v'ha di più materialistico è l'applicazione irriflessiva, offusca tutto. È pur troppo vero che gli errori più gravi sono errori di metodo].

(1) Glück, *Erläuter. der Pand.*, vol. XV, pag. 344.

(2) Scheurl, *Beiträge*, pag. 105.

(3) Bas., 29, 1, 37 (sch. Taleleo).

vita moderna. Che GIUSTINIANO abbia avuto coscienza di questo carattere della sua riforma è problema che non tocca il punto di vista organico.

Non giova al nostro oggetto valutare dommaticamente le singole specie di contratti a favore dei terzi ordinate da GIUSTINIANO. Di recente un forte scrittore nostro, il PACCHIONI, nella sua profonda monografia sul tema (1) si è mostrato piuttosto scettico e proclive a ritenere che in ciascuna di queste specie giustinianee non siavi la vera figura del contratto a favore dei terzi, ma o si abbia una estensione della rappresentanza o un'azione legale concessa al terzo *ex aequitate* in base al rapporto obbiettivo. A me sembra che il PACCHIONI in questa parte (che del resto non tocca l'idea dommatica fondamentale) abbia ecceduto nella negazione e nella critica. Ad ogni modo, anche se non tutti i casi si possono riassumere sotto il concetto di contratto a favore di terzi, il fatto che essi derivano da un'unica mente o da un unico momento storico indica pure che essi hanno uno spirito comune, una base psicologico-sociale uniforme. Ma il PACCHIONI nega anche il riferimento della invalidità dell'obbligazione nata in testa all'erede alla invalidità del contratto a favore dei terzi. Lo nega per argomenti esegetici: GAIO non richiama in proposito il principio *alteri stipulari nemo potest*. Ciò è vero, ma niente vieta che le due regole *obligatio ab heredis persona* e *alteri stipulari*, ecc., siano due aspetti di uno stesso pensiero fondamentale. Lo nega per ragioni intrinseche: la nullità pel terzo (erede) non era che una conseguenza della nullità della stipulazione per lo stesso stipulante, e con la sua famosa costituzione GIUSTINIANO intese di convalidare l'obbligazione in testa agli eredi, riconoscendola valida in testa allo stipulante. Di fronte a questa critica non si può dar peso soverchio al motivo esegetico,

(1) PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Innsbruck 1898 [2ª edizione, Milano, Casa Vallardi, 1912].

per cui l'obbligazione, secondo la formula dell'adagio e il pensiero delle fonti, avrebbe principio per l'appunto in capo all'erede, e per questo ne sarebbe pronunciata la nullità; nè è pure adeguato il rispondere, indipendentemente dai testi, che una obbligazione la quale non deve mai produrre effetto tra le parti contraenti, la quale è destinata espressamente a produrli in capo a un terzo, sia pur l'erede, per la prima volta dovrebbe rientrare naturalmente nella categoria dei contratti a favore di terzi.

Il principio *alteri stipulari nemo potest*, e la regola *res inter alios acta alteri neque nocere neque prodesse potest* rappresentano anche nel nostro diritto il cardine del sistema contrattuale (Cod. civile, art. 1128-1130). Il diritto moderno ha per vero costituite delle figure anche più nette, le quali rompono quelle barriere; le costituzioni di rendita, il contratto di assicurazione, i patti successorî, ove sono riconosciuti, ecc. Com'è noto, sulla base di questi eccezionali tipi, la dottrina tedesca, dichiarando di ispirarsi alla tradizione germanistica, intese di costruire la teoria generale del contratto a favore di terzi. Di nuovo il « formalismo romano » è stato incolpato del principio *alteri stipulari*, ecc., o anche si è imprecato contro l'egoismo nazionale dei romani. L'altruismo che ispira la società moderna (così l'Unger, il campione della dottrina) respinge quel gretto principio. Il Pacchioni ha fatto giustizia di questo lirismo giuridico e ricondotto, a nostro avviso, a un esatto apprezzamento delle cose. La funzione normale del contratto porta a produrre effetti solo tra le parti contraenti (1). V'ha alcuni istituti, in cui la teoria del contratto

(1) [Dubito ora del valore assoluto di questo concetto. Secondo il mio pensiero, l'invalidità del contratto a favore di terzi — ch'era conforme al sistema contrattuale romano, il quale ricollegava gli effetti al *negotium contractum* tra le parti — non è imposta se non dalla tradizione nel diritto moderno, che deriva gli effetti dalla volontà. V. Bonfante, *Un contratto a favore di terzi nell'età classica*, in *Studi per Brugi*, Palermo 1910, e sopra, pag. 246, n. 1].

si palesa insufficiente e i cui effetti vogliono esser regolati in modo speciale dalla legge; ma ciascuno di questi istituti ha una fisionomia sua propria, ed è pericoloso per la dottrina, pericoloso pel legislatore generalizzare, come in Germania si è fatto, sulla base dell'uno o dell'altro di essi.

Ma questo stato delle cose nel nostro diritto fa vieppiù dubitare che la regola *obligatio ab heredis persona*, ecc., sia un mero corollario del principio *alteri stipulari*, ecc. Quella regola, se anche un pensiero organico la ispirava nelle origini, si riconnette forse all'antico concetto romano dell'obbligazione (1). Pel nostro tema, ad ogni modo, l'oscura indagine è superflua. Dal punto di vista contrattuale non v' ha, circa il mandato *post mortem*, che l'una o l'altra alternativa: o il mandato è nullo, se si considera come vigente ancora al dì d'oggi il principio che non si può costituire per la prima volta un'obbligazione in testa al proprio erede, e quindi l'erede non è tenuto; o l'erede subentra nel rapporto, se lo si considera valido, diventa in altri termini il *dominus* del mandato, ed ha allora pieno diritto di revoca. Che in persona dell'erede il mandato acquisti un carattere diverso, che divenga un mandato ferreo, mostruoso, senza diritto di revoca, è cosa, finchè restiamo nei limiti del contratto, fantastica e assurda.

5. Ma l'aspetto più pratico della questione non è per avventura quello nel quale, seguendo i testi romani, essa è stata posta, non è, in altri termini, il *punto di vista contrattuale*. Si tratta d'ordinario di una volontà estrinsecata dal subbietto perchè debba valere dopo morte, senza reciproco scambio di dichiarazioni, senza accordo di parti: si tratta, in breve, di un atto *mortis causa*. I principî del sistema contrattuale, gli adagi pericolosi, *mandatum morte*

(1) [Non già dell'obbligazione, bensì della *successio* nel suo concetto classico, che, come escludeva il passaggio, così *a fortiori* la costituzione in testa agli eredi di rapporti che non vincolavano il defunto V. *retro*].

finitur, *obligatio ab heredis persona*, ecc., sono fuori questione. Includere un simile rapporto nello schema classico del contratto può solo chi approvi la teoria che fa sorridere come un'aberrazione, benchè abbia la sua spiegazione storica, del testamento concepito come un contratto con l'erede. Il problema vuol esser dunque impostato in modo diverso. È possibile, è valido un atto di ultima volontà che abbia per suo contenuto un mandato *post mortem?* Nel sistema del diritto successorio si deve ricercare la soluzione, e più precisamente nel regime positivo della successione per volontà del defunto rappresentato dal testamento.

Il mandato non è un rapporto puramente contrattuale, e si può concepire in astratto anche un mandato *mortis causa*. Molte figure del diritto successorio, il fedecommesso, il legato stesso, come dice il nome (fedecommesso da *fideicommissum*, *legatum* da *legare* nel senso di dar incarico o mandato) (1), nell'originaria struttura ci rappresentano incarichi dati dal defunto, preghiere o mandati. Tali erano le disposizioni particolari nell'antichissima *familiae mancipatio*, e Gaio adopera precisamente al riguardo le voci *rogare*, *mandare* (2). Anzi circa le disposizioni di ultima volontà tornano di frequente negli scrittori antichi le parole *mandare* e *mandato*. Finalmente l'esecutore testamentario del diritto intermedio e del diritto bizantino, trapassato nel nostro diritto, è ancor esso una figura speciale di mandatario. Si può ampliare il concetto: anche il tutore testamentario è un mandatario con una speciale missione etica.

Senonchè il testamento non ha, come nel nostro diritto il contratto, un contenuto arbitrario, bensì un contenuto fisso. La signoria della volontà *post mortem* è grave facoltà, la quale nell'ordine giuridico ha valore solo a certe condizioni e dentro certi limiti. Gli incarichi affidati al

---

(1) Così rettamente il Fadda, *Origine dei legati* (negli *Studi* per l'università di Bologna), Roma 1888.

(2) Gaio, *Inst.*, II, 102, 103.

familiae emptor nell'antichissima *familiae mancipatio* non avevano valore giuridico, erano semplici preghiere (*rogationes*) nelle origini: il *fideicommissum* ebbe pur esso carattere meramente etico fino al secolo di Augusto, e, a nostro avviso, il legato stesso non era pure, nelle origini, ammesso nel testamento e forse ciò fu per la prima volta con le XII Tavole; anch'io riferisco ai legati la disputata regola decemvirale *uti legassit*, ecc. Nel diritto romano si possono ben fare nel testamento manumissioni di schiavi, ed è atto gravissimo di ultima volontà, che non ebbe limiti sino alla legge Fufia Caninia: ma pare certo che non si potessero fare adozioni, benchè sia atto in epoca storica di molto minore momento. Simili adozioni, a parte il loro significato politico per la successione all'impero, hanno bisogno dell'approvazione delle curie, ovvero si risolvono in una mera chiamata all'eredità sotto la condizione di assumere il nome. È data facoltà al defunto di nominare un tutore per testamento, e, a mio avviso, pur sempre a datare dalle XII Tavole per effetto della disposizione *uti legassit super familia tutelave suae rei ita ius esto;* ma il *paterfamilias* non può nominare un curatore, perchè questa facoltà egli non l'ha; se nondimeno lo fa, ed è una tendenza naturale che lo spinge a farlo, come era naturale la tendenza di adottare per testamento, anche questo atto ha valore solo in quanto il magistrato, piegandosi a questa tendenza e obbedendo per ragioni molto plausibili alla volontà del defunto, suole confermare la nomina del curatore fatta dal defunto. Ma la conferma ha formalmente il carattere di nomina, il curatore è dativo, non testamentario; il curatore testamentario non esiste.

Finalmente il *modus* stesso ha valore morale nel diritto classico e consegue valore giuridico soltanto nel diritto giustinianeo.

Nonostante l'ampia definizione, in ogni caso pur sempre fallace, *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*, la volontà testa-

mentaria ha la sua sfera, il suo campo d'azione definito. Sempre, s'intende, quanto alla efficacia giuridica, non morale e religiosa.

Anche nel nostro diritto la volontà testamentaria ha, per così dire, le sue barriere; non è illimitata, come in un certo senso si può dire ora della volontà contrattuale, in quanto essa ha limiti puramente negativi. Il testatore può nel campo patrimoniale nominare eredi, legatari, esecutori testamentari; nel campo etico-familiare nominare tutori, dare norme alla madre superstite per l'educazione dei figli e l'amministrazione dei beni, nominare un curatore ai beni, ma nel solo caso in cui si istituisca erede un minore (Codice civile, art. 247) (1); può, in quanto la legge lo consenta, apporre condizioni e clausole modali: altri diritti egli non ha. Sia pur sacra la volontà del defunto — e sacra è per tutti i popoli, per tutti gli uomini: dal culto dei defunti si inizia la religione e l'umanità, e il culto dei defunti è ancora uno dei tratti più nobili dello spirito umano — essa non ha giuridicamente valore per nessun oggetto, là dove il testamento non è riconosciuto: ivi il padre sul letto di morte rivolge preghiere, non ordini. Ma anche là dove il testamento è riconosciuto, la volontà del defunto ha valore giuridico nei limiti, nelle figure, nelle forme del testamento.

In conclusione: la disposizione che costituisce il presunto mandato *post mortem* può in un atto di ultima

---

(1) Nel diritto romano anche in questo caso il testatore non aveva facoltà di nominare un curatore, ma nominava un tutore (L. 4, D. *de test. tut.*, 26, 2; L. 4, 7, D. *de conf. tut. vel cur.*, 26, 3; L. 4, C. *de test. tut.*, 5, 28). Questo tutore, del resto, come appare dalle leggi del Digesto, doveva essere confermato dal magistrato, cioè formalmente era nominato da esso, e reputerei nel confronto interpolato per lo meno il *non* nell'inciso *quando autem eos heredes* (*non*) *instituerit* della L. 4, *eod.*, forse anche il *quivis extraneus* della L. 4, D. *de conf. tut.* Certo la facoltà di nominare il tutore al figlio naturale istituito erede è stata accordata da Giustiniano per la prima volta (L. 4, C. *de conf. tut.*, 5, 29) e interpolata in L. 7, D. *de conf. tut.*

volontà esser salva, quando sia ordinata in una delle figure riconosciute nel sistema successorio e adatte all'uopo: e la figura adatta all'uopo è la condizione o clausola modale apposta alla istituzione di erede o al legato. Non egualmente si confà allo scopo l'istituto dell'esecutore testamentario, il quale non ha una funzione positiva e indipendente, ma negativa e subordinata: vigila per l'esecuzione delle disposizioni testamentarie (Cod. civ., art. 908), ma il possesso stesso dei mobili conferitogli dal defunto non può essere che annale (Cod. civile, art. 906), e anche questo possesso annale può essere fatto cessare dall'erede, offrendo le debite cautele (Cod. civ., art. 907). È chiaro che la legge stessa ha ben inteso riconoscere negli esecutori testamentari non degli strumenti, ma dei custodi della volontà del defunto, esercenti la loro tutela dentro un periodo di tempo limitato e ancora riducibile ad arbitrio dell'erede. Ad ogni modo la figura autonoma del mandato *post mortem* non è riconosciuta nel nostro diritto successorio più di quello che sia riconosciuta nel diritto romano.

6. Abbiamo a bella posta lasciata fuori una disposizione che parrebbe nel diritto romano stesso costituire per lo meno un altro oggetto specialmente riconosciuto del testamento, una figura specifica di mandato *post mortem:* la disposizione relativa ai proprî funerali. È frequente l'incarico dato ad un terzo nelle fonti per la cura dei proprî funerali e specialmente pel trasporto della propria salma nel luogo natìo. Anzi il diritto romano fissa con precisione la serie delle persone cui quest'obbligo incombe, e pone in prima linea la persona designata dal defunto: « funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit..... sin autem de hac re defunctus non cavit nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos: quosque suo ordine quo succedunt ». Il modo regolare, per vero, di premunirsi da parte del testatore sembra essere stato

quello di ordinare un legato o un fedecommesso con questa clausola (1); ma non è escluso uno speciale indipendente mandato, benchè le fonti questa parola non adoperino mai al proposito, e v'è la sua ragione. Ma come è riconosciuto questo mandato? Qual è il suo regime? Il suo riconoscimento è in un editto espresso del pretore commentato in una rubrica apposita nelle opere dei giuristi e nel Digesto. Il suo regime è in parte negativo, in parte di tal natura da far risaltare il carattere legislativo, eccezionale, anzi, nel vero e proprio senso, anomalo dell'istituto. Anzitutto, se questo mandatario, cioè la persona *quem testator elegit*, come dicono rigorosamente le fonti, non esegue l'incarico, *nullam esse huius rei poenam:* se l'erede glielo vieta, *non recte facere*, dicono le fonti, ma egualmente *poenam eius rei statutam non esse* (2). Infine, e questo è il punto capitale, pel risarcimento delle spese non solo non ha l'azione *mandati*, ma non ha nemmeno l'azione *neg. gest.* contro l'erede: all'uopo il pretore sancì un'azione speciale analoga alla *neg. gest.*, di cui non sussistono i requisiti, che è l'azione funeraria, di origine probabilmente sacra e pontificale.

Nel diritto moderno un regime specifico ed ampio come quello dell'azione funeraria fa difetto, e quindi il diritto e l'obbligo privato di provvedere alla tumulazione del defunto diventa questione più ardua e da risolvere alla stregua dei principî generali, e la questione si amplia e si annega, per dir così, in un'altra, il diritto di disposizione della salma. In questa ampiezza, concernente più l'oggetto del mandato che il mandato stesso, è questione più di diritto pubblico che di diritto privato: la facoltà di disposizione del cadavere non spetta, a nostro avviso, più al testatore che agli eredi o congiunti, essa spetta agli organi

---

(1) Cfr., L. 30, § 2, D. *de ad. vel transfer. leg.*, 34, 4; L. 112, § 2, D. *de cond. et dem.*, 35, 1; L. 88, § 1, D. *de leg.*, 31.

(2) L. 14, § 4, D. *de rel.*, 11, 7.

della società. Solo in un senso improprio si può dire che il cadavere è cosa *extra commercium.*

E all'oggetto si riconnette la questione, più remota dal nostro tema, circa il diritto degli eredi o dei congiunti di provvedere alla tumulazione della salma, cioè all'ordinaria destinazione del cadavere *permessa dalla società.* A noi sembra, per vero, più che dubbia la prevalenza dell'erede scritto sui congiunti non eredi, desunta dalla famigerata « continuazione della personalità ». Il punto, a ogni modo, non ci concerne: giova tenersi alla specie relativa al nostro tema: la disposizione ordinata dal testatore stesso. Ora — eliminata la questione oggettiva di ordine pubblico circa la disposizione del cadavere e supposta una disposizione normale e lecita — se il diritto romano stesso, pur creando un istituto speciale all'uopo, non ha costruito nemmeno per questa specie la figura del mandato *post mortem*, tanto meno potrebbe farlo il giurista moderno. La specie rientra nella teoria generale, per la quale teoria generale (negativa, a nostro avviso) il regime specifico del diritto romano circa l'incarico per la tumulazione della salma è argomento non disprezzabile. Nei modi suenunciati, cioè dentro i limiti compatibili con gli istituti e le figure specifiche del diritto successorio, la giurisprudenza potrà in più casi sorreggere disposizioni di simil genere: ma non essa ha potenza di dar corpo a un'ombra vana, per lo meno quanto al suo significato prettamente legale, come il mandato *post mortem.* Nella pratica nondimeno i motivi idealistici ed etici operano con una irresistibile seduzione, ed è probabile che lungo tempo nelle nostre Corti si continuerà, ora a snaturare la figura del contratto, ammettendo che un mandato conferito tra vivi non solo continui negli eredi, ma divenga in persona degli eredi un istituto nuovo, un mandato irrevocabile fissato in perpetuo dal defunto, ora ad oscurare l'essenza del testamento, dimenticando gli oggetti e i limiti positivi della facoltà di testare, confondendo la parte etica e la parte giuridica nelle dichiarazioni di

ultima volontà, accordando infine alla volontà dei morti fatalmente immutabile un peso, una estensione, una sanzione che la volontà dei vivi non raggiunge. A questo punto il culto pio dei morti diventa una pericolosa forza antisociale; il misticismo invade la sfera del diritto. Già troppi errori la metafisica giuridica e la vieta tradizione hanno accumulato nella dottrina e nell'ordinamento positivo dell'eredità: a salvare da una reazione violenta quanto v'ha di buono e di sano, non giova lasciar libero il varco a queste informi creazioni.

Postilla. — Credo pur sempre esatta la tesi circa i limiti della facoltà di testare, su cui si basa in parte la precedente dimostrazione. Tuttavia è certo che, mentre l'antica essenza del testamento romano è svanita, le disposizioni accessorie, pur rimanendo sempre definite, sono state più ampiamente riconosciute nel diritto moderno (cfr. *Scritti giuridici varî*, vol. I, pag. 403, 404).

Lo studio che precede fu occasionato da un parere emesso nella causa promossa dalla figlia ed erede di Francesco Crispi, principessa Giuseppina di Linguaglossa, contro i mandatari cui era stato commesso dal venerando statista nel suo testamento l'esame delle proprie carte.

Crediamo non inutile per l'importanza della causa e la delicatezza dei principî in discussione riprodurre anche il testo del parere, malgrado alcune affermazioni dubbie circa la perpetuazione di regole romane nel diritto moderno.

« Rispetto alla posizione dei signori Cardella, Giampietri e Damiani, in ordine alle carte di S. E. il defunto cav. Crispi, tre configurazioni giuridiche sono possibili, non dirò ammissibili: quella di esecutori testamentari, quella di legatari, quella di mandatari *post mortem*.

« Senonchè la prima configurazione non corrisponde affatto allo scopo dell'esecutore testamentario e ai limiti di questo istituto. L'esecutore ha carattere meramente conservativo in ordine al patrimonio, ed è completamente subordinato all'erede; questi succede egualmente nella proprietà e nel possesso dei beni del defunto, e può quando che sia far cessare lo stesso possesso temporaneo e conservativo dell'esecutore testamentario, offrendo le debite cautele.

« La figura di legatario, che si potrebbe in ipotesi affacciare, non è verosimile in generale, dato lo scopo della disposizione, e non vi si confà nella specie nè la parola, nè l'intenzione del testatore, nè la dichiarazione ulteriore che le sue carte debbono servire alla compilazione di memorie, il cui ricavo farà parte dell'asse ereditario.

« I predetti signori hanno una missione particolare da compiere in ordine alle carte del defunto, non ne hanno il dominio e la disponibilità a lor profitto.

« La figura che veramente par che più s'adatti al caso nostro, è quella del mandatario *post mortem*. V'ha però circa questa ipotetica costruzione, anzitutto, una preliminare causa di rigetto: l'inammissibilità della figura per sè stessa in astratto, l'impossibilità giuridica di un mandato *post mortem exequendum*. Nel diritto romano regnava in proposito un'antica e nota controversia. Nelle genuine fonti romane, al riconoscimento del mandato *post mortem exequendum*, oltre alla regola particolare al mandato ch'esso cessa con la morte — regola che è di ostacolo non solo al mandato *post mortem exequendum*, ma altresì alla continuazione *post mortem* in persona degli eredi di un mandato contratto tra vivi — si opponeva un principio organico del diritto obbligatorio: che l'obbligazione si trasmette bensì negli eredi, ma non si può formare per la prima volta in testa agli eredi (*obligatio ab heredis persona incipere non potest*). E la validità di questo mandato è effettivamente negata in modo espresso nella L. 108, D. *de sol. et lib.*, 46, 3. Siccome peraltro nelle fonti giustinianee sono fatti due casi speciali di un mandato simile, nella L. 12, § 17, e nella L. 13, D. *mand.*, 17, 1, v'ha chi propone che siano eccettuati i casi speciali da queste leggi espressi, o per lo meno il caso di un monumento da erigere (che si potrebbe, pel suo carattere morale, paragonare al presente), — chi distingue tra la continuazione del mandato, conchiuso tra vivi, e il mandato *post mortem exequendum*, — chi ammette ogni mandato *post mortem*, e, ritenendo corrotta la L. 108, D., 46, 3, la emenda violentemente come fa Cuiacio, il quale sposta le parole *post mortem meam* dopo *solvere* (emendazione non accolta), — chi nega il mandato *post mortem*, e ritiene invece corrotta per lo meno la L. 13, D., 17, 1 (*non idem* invece di *idem*), — chi infine reputa che Giustiniano, avendo derogato al principio classico e normale che l'obbligazione non si formi in testa degli eredi (L. un., C. *ut act. et ab her.*, 4, 11), abbia ammesso la possibilità di questo mandato, e interpolato all'uopo le L 12, § 17, e 13: la regola *mandatum morte finitur* sarebbe quindi divenuta, nella legislazione giustinianea, norma dispositiva.

« La questione si può ripetere per diritto moderno, e sarebbe più agevole il risolverla, non avendo nè l'imbarazzo di antinomie legislative, nè la sanzione di una deroga (come quella giustinianea) al principio organico che l'obbligazione non può cominciare in testa dell'erede. Nondimeno giova convenire che la tendenza della dottrina e della giurisprudenza è favorevole tanto alla continuazione eventuale del mandato *post mortem*, quanto al vero e proprio mandato *post mortem exequendum*. I civilisti francesi e italiani non ragionano nemmeno lungamente la cosa, e si limitano ad osservare, per l'una e per l'altra ipotesi, che la regola *mandatum morte finitur* non si applica quando il contrario risulti dalla volontà delle parti o dallo scopo del contratto, cioè, come i romanisti favorevoli all'ammissione del mandato *post mortem*, reputano la regola in questione norma dispositiva, non assoluta. Contrario è il Laurent (*Principes*, vol. XXVIII, pag. 95) almeno quanto al vero e proprio mandato *post mortem*. E i suoi argomenti sono degni

di nota: il proprietario non puo fare alcun atto di disposizione: come può egli dar mandato di farne? Dal momento della morte il mandante non può più consentire, e gli eredi non consentono; ora il nostro diritto successorio ammette bensì che gli eredi succedono nelle obbligazioni; ma l'erede non è obbligato, se non fu mai vincolato il defunto.

« Nonostante le tendenze contrarie della dottrina e della giurisprudenza, io sono dell'avviso negativo.

« In primo luogo, come intuiva il LAURENT, questo mandato ripugna così ai principî della successione come a quelli delle obbligazioni. Il testatore ha dalla legge facoltà di largire le cose sue, distribuirle a chicchessia, ed è grave facoltà, la quale, a ogni modo, è sottoposta pur sempre a limitazioni; ma non ha poi anche quella di ordinare, con efficacia legale, che cosa si debba fare degli oggetti già di sua proprietà. Questa specie di signoria *post mortem* del proprio patrimonio economico o intellettuale, per essere in qualche misura riconosciuta, avrebbe d'uopo di una espressa sanzione legislativa, e tale sanzione non v'ha nel nostro diritto, pel quale anche le sostituzioni fedecommissarie sono colpite dal più rigoroso divieto. Certamente, dal lato morale, simile obbligazione può avere un carattere più sacro della obbligazione giuridica, ma questo carattere più sacro nasce in parte, come nei così detti debiti d'onore, appunto dall'assenza di una vera protezione giuridica, e giova pure osservare che anche dal lato morale non è opportuno assumere eccessivamente alla lettera le intenzioni di tal natura dei defunti; e se ai nostri giorni, per assenso generale benchè doloroso, fu rispettata la volontà di Verdi, la posterità è grata ad Augusto di non aver osservata quella di Virgilio. A ogni modo i due aspetti, il morale e il giuridico, non si debbono confondere.

« Dal lato poi del rapporto obbligatorio, il principio classico romano, che l'obbligazione non si può formare in testa all'erede, è una esigenza logica del concetto, intuita dalla giurisprudenza romana, e se Giustiniano è andato contro a questo principio, egli non ha fatto che sancire una irregolarità legale, una norma di diritto singolare, come ve n'ha tante nella sua legislazione, che noi non possiamo riconoscere in difetto di una espressa sanzione legislativa. Nel contratto obbligatorio vi ha due volontà che consentono, a un momento dato, di vincolarsi, e che costituiscono un rapporto, il quale potrà eventualmente essere sciolto per dissenso futuro. Ora come si può ammettere che, al momento di stringere questo vincolo, l'una delle parti non si vincoli affatto, e vincoli in vece sua per l'avvenire un'altra persona ancora indeterminata, la quale non consente, nè consentirà mai con l'altro obbligato?

« Che figura è questa di un contratto a termine e a carico di un terzo?

« Si noti che questo principio negli scrittori classici (cosa che gli antichi prima della scoperta di Gaio ignoravano) è messo appunto in correlazione col mandato: se io do mandato di far qualcosa *post mortem meam*, tal mandato è invalido perchè è principio generale che l'obbli-

gazione non si può formare nella persona dell'erede (*quia generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse:* Gai., III, 158). Altrove lo stesso giureconsulto afferma in generale che il principio è assurdo: *inelegans visum est ab heredis persona*, ecc. (Gai., III, 100). Che tale rapporto, poi, sia costituito, come nel caso presente, per testamento, è addirittura inconcepibile: poichè non solamente l'una delle due volontà non si vincola, ma l'altra consente alla prima, quando questa più non esiste.

« Ma l'istituto contraddice anche ai principî del mandato. Che specie di mandato è questo? Forse un mandato col defunto, un mandato *mortis causa*, per dir così? La sola menzione di una simil figura fa arretrare: i contratti sono per i vivi, non per i defunti. Noi non potremmo avere coi defunti se non un rapporto di carattere puramente religioso e unilaterale, come la promessa fatta alla divinità, il voto, che gli antichi riassumevano sotto un concetto diverso dal contratto, cioè appunto la *pollicitatio*. Ovvero sarà un mandato in cui subentra come mandante l'erede? Ma allora, se si vuole che sia un mandato assoluto e irrevocabile, regolato una volta per sempre dalla volontà del defunto, si viene a costruire una figura di mandato mostruosa, senza controllo da parte del mandante, senza diritto di revoca. Non la forma soltanto, ma nemmeno l'essenza del mandato si rispetta. Non è questo, per vero, il modo d'intendere le cose da parte dei fautori del mandato *post mortem*. Contro il Laurent si osserva dai fautori non essere esatto che gli eredi siano necessariamente vincolati dal mandato, la cui esecuzione debba aver luogo dopo la morte del loro autore, in quanto non si vede perchè non dovrebbero avere, come continuatori della persona del defunto, il diritto di revoca che apparterrebbe a quest'ultimo, se vivesse ancora; tanto più che il mandatario non ha interesse diretto a che il mandato gli sia conservato. Ma questo ragionamento dei fautori è gravemente fallace. Per riconoscere la validità del mandato *post mortem* si dice che gli eredi sono vincolati: per ribattere l'obbiezione che si trae dall'assurdità di un contratto che obbliga gli eredi, mentre non ha mai obbligato il defunto, si dice che gli eredi non sono vincolati, in quanto possono revocare *ad nutum* il mandato. Insomma, si ritoglie con una mano ciò che si concede con l'altra, senza avvertire che il risultato è precisamente come se si dicesse, quel che è per noi la verità, che tale rapporto ha valore morale, non giuridico.

« Tutt'al più la legalità e il vincolo giuridico rimangono in questa costruzione solamente a carico del terzo che accetta il mandato: il che è pur falso, a nostro avviso, ma ad ogni modo al caso nostro non rileva.

« Che dire poi della carenza d'interesse da parte del terzo? Su qual base egli potrà agire?

« Io non credo che, nemmeno ordinata nella forma energica di un legato, simile disposizione potrebbe derogare al diritto e al dovere degli eredi d'invigilare sul destino delle carte di proprietà del defunto.

Gli eredi sono i veri difensori dell'onore e della memoria del defunto, così nell'ordine giuridico, come nel morale; e sovrattutto gli eredi legittimi, in cui, nel nostro sistema giuridico e sociale, il concetto dell'eredità più schiettamente s'incarna. Al disopra degli eredi, e in particolare degli eredi legittimi, nè la legge nè la natura conoscono altra istituzione che serva a questa sacra tutela.

« Questa tutela antica si può esercitare ora in aspetti nuovi. Ma il tradimento consumato ai danni della memoria e della gloria del più grande poeta italiano del secolo XIX dall'amico, cui erano stati legati i suoi scritti, che solo nei tempi recentissimi, dopo lo spazio di circa 60 anni, videro la luce, mostra quanto questa tutela sia necessaria di fronte alla facilità con cui missioni di simil genere vengono affidate a persone estranee, sia per un'eroica fiducia che non può seguire le vicende *post mortem*, sia per le attitudini e l'esperienza che occorrono al disimpegno.

« Anche la scarsa giurisprudenza in materia, mentre ammette con la dottrina la validità del mandato *post mortem*, pure rivela il tarlo della teorica, in quanto riconosce, nei casi veri di un mandato di simil natura, l'erede come *dominus* del mandato: così specialmente le tre cause celebri in cui appunto trattavasi di carte confidate con un incarico speciale dal defunto a un terzo (Dalloz, 51, 2, 1: 60, 1, 448; 78, 2, 73): e si noti che, nelle specie finora presentatesi al giudizio, la posizione del mandatario si offre in una luce ben più favorevole che nella specie presente: il mandato *post mortem exequendum* era stato conferito per atto tra vivi, cioè nelle forme apparentemente in modo regolare, mentre nel caso presente si vorrebbe che il testamento servisse a conferire un mandato.

« Volendo esprimere tutto il mio pensiero, il mandato dal testatore affidato al sen. Damiani e agli altri amici suoi non costituisce affatto un vincolo giuridico per gli eredi. Esso non è che una raccomandazione energica, se si vuole, di valersi dell'opera e del consiglio dei predetti amici e in particolare del senatore Damiani, nella cernita delle carte.

« Nè del resto lo stesso testatore ebbe, a parer mio, altro in mente. Egli si rivolge direttamente agli amici per insistere su di loro e indurli ad accettare il mandato, ma d'altra parte egli non sottrae quelle carte dall'asse ereditario, anzi indirettamente afferma che vi debbano essere ricomprese, con far che il ricavo delle sue memorie faccia parte nella eredità; e non dà nemmeno ai predetti signori autorità di distruggere o conservare, bensì vuol che decidano quali debbano essere distrutte e quali conservate per la pubblicazione. Il che vuol dire che il distruggere può essere rimesso agli eredi, e non ha un senso grave e solenne ma unicamente significa che le carte condannate non hanno interesse per la pubblicazione delle memorie. Se qualcosa veramente il defunto avesse voluto distruggere per sottrarre ad occhi indiscreti, l'avrebbe fatto di persona lui stesso: per gli eredi le carte più insignificanti del defunto possono avere un pregio d'affezione e di memoria, ed essi debbono anche esser liberi di conservarle gelosamente.

« Che infine si contengano in un testamento, oltre alle disposizioni giuridiche vere e proprie, anche disposizioni di natura morale, che non partoriscono obbligazione, è cosa risaputa, e il carattere imperativo, se conferisce ad esse autorità maggiore, non attribuisce veruna obbligatorietà legale. V'ha in proposito un testo di Pomponio, che è pregio dell'opera di riportare nelle parti essenziali. « In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur nec obligationem pariunt. Haec autem talia sunt, si te heredem solum instituam et scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias: *nullam enim obligationem ea scriptura recipit*, sed ad auctoritatem meam conservandam *poteris*, *si velis*, *facere*. Aliter atque si coherede tibi dato idem scripsero... Ad auctoritatem scribentis hoc quoque pertinet, cum quis iussit in municipio imagines poni: nam si non honoris municipii gratia id fecisset, sed sua, actio eo nomine nulli competit. Itaque haec Quinti Mucii scriptura, « liberi mei ibi sunto, ubi eos mater sua esse volet » *nullam obligationem parit*, sed ad auctoritatem defuncti conservandam id pertinebit, ut ubi iusserit ibi sint. *Nec tamen semper voluntas eius aut iussum conservari debet*... Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, *neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est* » (L. 7, D. *de ann. leg.*, 33, 1).

« La questione è, adunque, anche nella specie presente, almeno dal lato degli eredi, tutta morale, di rispetto alla volontà del defunto, il comando non fa legge se non per le coscienze, e dal lato morale si può discutere se e dentro quali limiti giovi rispettare la volontà del defunto.

« Qui non siamo, per vero, in uno di quei casi in cui il giureconsulto consiglia di porre in non cale (*spernere*) la *voluntas* o l'*iussum* del defunto; poichè alle persone fidate elette dal defunto Crispi possono benissimo gli eredi serbare il mandato nei limiti stessi in cui presuntivamente lo intendeva il testatore, cioè col loro intervento e sotto la loro vigilanza, in guisa che l'erede sia sempre il *dominus* di questo mandato, come si riconosce anche nella dottrina e nella giurisprudenza, che pure sogliono attribuire carattere giuridico al mandato *post mortem exequendum* ».

XVI.

Sul diritto del conduttore alle migliorìe (*).

Il ragionamento della Corte casalese per ritenere che l'ipoteca non si estenda ai miglioramenti introdotti nel fondo dal conduttore e che anche al conduttore spetti la prelevazione dei miglioramenti dal prezzo dell'immobile, giusta l'art. 2020 Codice civile, si può riassumere nei due seguenti punti: le migliorìe costituiscono una proprietà distinta da quella del fondo, e la parola *possessore* circa il risarcimento delle spese comprende qualunque detentore. L'ostacolo che parrebbe invincibile dell'art. 1966, il quale sancisce che l'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti recati all'immobile, è girato con una certa disinvoltura dalla Corte, dichiarando l'articolo applicabile solo nei rapporti tra creditori e debitori, non già nei rapporti coi terzi.

L'errore della tesi ci sembra per ogni verso evidente. Che le migliorìe debbano costituire una proprietà staccata, cui non si estendono i rapporti gravanti sull'immobile, è un pensiero di un ardimento singolare, giacchè tanto vale can-

---

(*) Dal *Foro ital.*, XXIII, 1898, I, 929 e seg. È una nota alla sentenza della Corte d'appello di Casale, 16 dicembre 1897, ed aveva per titolo: « Se il conduttore abbia diritto alla separazione del prezzo dei miglioramenti fatti sul fondo ipotecato ». La massima della sentenza nel *Foro ital.*, l. c., è la seguente: « Anche il conduttore che ha migliorato il fondo sottoposto ad ipoteca ha diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti, in ispecie se ne convenne il rimborso col locatore, debitore espropriato ».

In questo senso decise la Cassazione di Firenze, 27 marzo 1884 (*Foro ital.*, *Rep.*, 1884, voce *Ipoteca*, n. 15-19) e dentro certi limiti (trascrizione eseguita del contratto di locazione) anche la Cassaz. di Napoli, 11 marzo 1898 (*Foro ital.*, XXIII, 1898, I, 1089).

cellare l'intero capo delle accessioni. Certo nel nostro diritto non ha l'accessione quella efficacia assoluta, quel valore di conseguenza naturale e imprescindibile che aveva nel diritto romano: può essere altri il proprietario del suolo, altri il proprietario in tutto o in parte delle piantagioni o costruzioni. Ma l'altrui proprietà deve anche *constare*, cioè risultare da un titolo specifico di proprietà, da un atto di trasferimento; altrimenti qualsiasi costruzione o piantagione si presume appartenere al proprietario del suolo (art. 448), perchè il principio è sempre che tutto ciò che si incorpora o si riunisce alla cosa appartiene al proprietario di essa (Cod. civ., art. 446). La Corte parrebbe proclive a ritenere che il trapasso delle migliorìe nel conduttore fosse appunto avvenuto nella specie, perchè questi aveva pattuito col locatore il rimborso dell'importo. Ma questo fatto non attribuisce al conduttore se non un credito, anche se vogliasi prescindere dal difetto di trascrizione, non ritenendo l'accessione del fondo come una proprietà immobiliare. La Corte stessa per evitare lo scoglio della mancanza di trascrizione afferma che « la scrittura non aveva bisogno di esser trascritta, perchè non era trasmissiva di alcun diritto reale »; ma in tal caso, come il titolare di un diritto ipotecario può esserne danneggiato?

Per corroborare la tesi della proprietà distinta la Corte si richiama al paragone dei miglioramenti coi frutti, anzi afferma che « il caso dei miglioramenti non è punto diverso da quello dei frutti ». Senonchè, anche ammessa a cuor leggero questa parificazione tra parti della cosa destinate regolarmente a esserne separate, perchè costituenti il reddito naturale e sociale della medesima, e parti destinate regolarmente a costituire con essa un tutto unico, in quanto non fanno che aumentare l'oggetto stesso e il suo valore di capitale, e di cui solo in via eccezionale e per ragioni d'impellente equità è stabilito entro angusti limiti il distacco o il risarcimento, i frutti stessi non costituiscono un'entità e una proprietà distinta se non quando siano separati dal

fondo, e colla trascrizione del precetto il creditore impedisce l'alienazione così del fondo come dei frutti.

Che poi l'art. 1966 si debba applicare solamente nei rapporti tra creditori e debitori, è contrario ai principî elementari dell'istituto. Lo stesso Codice civile dichiara che l'ipoteca è un diritto reale (dichiarazione teorica, forse anche eccessiva), che è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore (art. 1964). Ora quando all'art. 1966, che non è se non un'applicazione dei principî dell'accessione alla ipoteca, il legislatore riafferma che la ipoteca si estende a tutti i miglioramenti, che cosa altro può egli volere se non che la ipoteca segua i miglioramenti presso qualunque possessore?

Ma l'art. 2020 attribuisce al terzo possessore il diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti da esso fatti dopo la trascrizione del suo titolo, nella minor somma tra lo speso e il migliorato: spetterà tale diritto al conduttore? La Corte richiama gli art. 450 e 705, e intende la parola *possessore* per lo meno in questi ultimi articoli in un senso largo « sì da comprendere qualunque detentore di un fondo, che abbia poi dovuto dismetterlo ». L'affermazione è così nuova, così contraria alla chiara dizione e allo spirito dell'articolo succitato, all'origine storica delle disposizioni legislative enunciate, evidentemente relative ai veri possessori, con *animus possidendi* (e nel diritto romano antegiustinianeo al solo possessore di buona fede), che la Corte non pare voglia insistervi molto, e si appiglia poi a un altro partito: il conduttore in questione è possessore vero, *animo domini*, per ciò che concerne le migliorìe. E ciò sulla base d'una convenzione che gli garantisce il diritto al rimborso, vale a dire che rivela un *animus* contrario rispetto alle migliorìe! E d'altra parte, che gli giova un qualunque *animus*, se egli non è un terzo possessore dell'immobile? che gli giova, se egli non ha fatto trascrizione del suo titolo, dato che avesse pure un titolo di proprietà? Non occorre, è vero, la trascrizione nell'ipotesi degli art. 450 e 705,

ma quivi noi abbiamo un diritto al risarcimento delle spese di fronte allo stesso proprietario rivendicante.

Finalmente non occorre dimenticare che simili diritti alla separazione e al distacco da parte del possessore sono istituti strettamente singolari che s'infiltrarono nella legislazione per l'opera liberale della giurisprudenza romana e come un riguardo alla buona fede, e che solo con Giustiniano si ampliarono a favore di qualunque possessore, sia di buona che di mala fede, ma sempre in limiti tollerabili, coi riguardi dovuti alla proprietà, all'unità della cosa, ai principî dell'accessione. E precisamente dove le lotte sono più vive, dove ferve nello stesso diritto giustinianeo una controversia insolubile dal tempo dei glossatori e commentatori fino ai nostri giorni, è nel riguardo alle migliorìe recate dal possessore di buona fede sulla cosa di fronte al creditore ipotecario. Anche Africano nega in tal caso ogni diritto di risarcimento al possessore di buona fede, il quale avrebbe dovuto, a suo avviso, salvaguardarsi al momento dell'acquisto, e lo rinvia contro il suo venditore (L. 44, § 1, D. *de damno inf.*, 39, 2); soltanto Paolo in un testo che non pare interpolato, il quale a ogni modo per esser collocato nella rubrica della materia si può dire che fa legge nel diritto giustinianeo, accorda al possessore di buona fede il diritto al risarcimento sino alla concorrenza dell'aumento di valore ricevuto dalla cosa (L. 29, § 2, D. *de pign.*, 20, 1). Il diritto civile non ha variato in questo punto dal diritto romano, e la sentenza presente nello stabilire diversamente pecca contro i principî della logica, nè segue un movimento di feconda e pratica equità.

Postilla. — Lo scritto più comprensivo, con ampia bibliografia, pubblicato in seguito sul tema è quello del professore N. Stolfi, *Se e quali diritti spettino al conduttore sui miglioramenti eseguiti sul fondo locato*, nella *Giur. italiana*, v. LXIII, 1911. Concorde sul punto.

XVII.

Natura del contratto di somministrazione d'energia elettrica.

(I nota) (*).

La questione sulla natura del contratto di somministrazione dell'energia elettrica è assai disputata: ci giova per ora passare sotto disamina la dottrina italiana.

Tutte le possibili configurazioni sono state proposte: vendita, locazione di cosa, locazione d'opera o appalto, somministrazione come tipo speciale di contratto, e alcune, come la locazione di cosa, sotto varî aspetti.

La teoria della vendita, ch'io sappia, non è spuntata fuori se non nella giurisprudenza e precisamente in una sentenza del Tribunale di Torino, 17 luglio 1899, citata dall'Armissoglio, *Della figura giuridica*, ecc., nella *Legge*, 1899, II, 11, e in un'altra della Cassazione di Roma, 22 agosto 1899 (*Foro ital.*, 1899, I, 1017), che richiama in proposito il contratto di concessione d'acqua. A produrre l'energia elettrica, così ragionano le Corti, è bensì necessario il lavoro, ma di questo lavoro l'utente non si preoccupa; il fare non è che mezzo al dare. È vendita di cosa futura, che viene continuamente prodotta, e si esplica mediante successive consegne. Questa dottrina è stata largamente confutata dal Barassi (*Sulla natura del contratto di distribuzione dell'energia elettrica*, nel

(*) Dal *Foro ital.*, 1901, I, pag. 901 e seg. Nota alla sentenza della Corte di cass. di Roma, 14 maggio 1901. La massima della sentenza nel *Foro ital.*, l. c., è la seguente: « Il contratto pel quale una società si obbliga di fornire una determinata forza motrice elettrica all'albero del motore nell'interno dello stabilimento, mediante il corrispettivo di un annuo canone, ha carattere di appalto agli effetti della tassa di registro ».

Monitore dei trib., 1900, pag. 321). Anzitutto l'invocata analogia della concessione d'acqua non vale. Non v'ha in rapporto all'acqua il concorso essenziale, fondamentale del lavoro dell'uomo, e quanto all'elettricità, essa non è consumata dall'utente, il quale, appena ne abbia usato, la restituisce al suo decorso. Ma inoltre (questa considerazione è il motivo con cui lavora costantemente il Barassi) l'elemento preponderante nella somministrazione di energia elettrica non consiste nel *dare*, bensì appunto nel *fare*, e, vero o no che l'utente non si preoccupi del lavoro necessario a produrre l'elettricità, ad ogni modo i tipi di negozi si formano secondo gli elementi oggettivi, non meramente soggettivi. Se fosse vero che il fare non è che un puro mezzo al dare, cioè in sostanza momento accessorio, secondario, come si spiegherebbe che la commissione di un quadro a un valente pittore è locazione d'opera?

Non direi che le critiche siano tali da liberare il campo da questa dottrina. Occorre distinguere (è il Pipia che introdusse pel primo questi concetti tecnici nel ragionamento) tra corrente ed energia elettrica, come si distinguono in un salto d'acqua la massa e la caduta di potenziale. Ciò che non si consuma è la corrente. È la corrente che ritorna al produttore (ciò si può dire solo in un certo senso, ma non importa), ma l'energia elettrica precisamente si consuma, nè si può più restituire. Ricercare l'elemento che prepondera, se il fare o il dare, è un criterio poco logico e troppo materialistico, il più delle volte di applicazione impossibile o arbitraria, e inoltre non mi pare che l'intenzione delle parti sia da mettersi così totalmente da banda; s'intende non quello che le parti dicono, ma quello che le parti effettivamente vogliono, l'intenzione reale, obbiettiva, quella che dà vita agli invocati elementi obbiettivi. Tali elementi costituiscono senza dubbio la figura del contratto; ma da che si vuole desumerli se non da ciò che le parti hanno posto in essere? Nella commissione di un quadro a un valente artefice il fare non è mezzo al dare, perchè anzi il fare è nell'intenzione

delle parti, perchè il *dare* nel senso pregno e romano del vocabolo non interviene punto, giacchè l'artefice non trasmette nulla al committente: il quadro che egli ha eseguito *alieno nomine* non è un sol momento sua proprietà. Potremmo infine anche soggiungere, a voler essere rigidi, che non senza esitanza si può trasferire questo esempio della produzione artistica, ove ha particolar rilievo il valore individuale dell'artista, alla produzione industriale collettiva. Il caso del singolo che, come tanti altri, entra in rapporto con un ente industriale quale è la società, non sarebbe piuttosto da paragonare al caso di chi contratta con un negoziante di quadri o acquista una tela qualunque nello studio del pittore o in generale entra in rapporto con un commerciante o con un industriale?

La teoria della locazione di cosa è stata configurata in tre guise. Il Cattaneo (*Archivio giuridico*, nuova serie, V, 94), ritiene che oggetto locato sia precisamente l'elettricità. L'energia elettrica è *cosa*, e se l'utente non la consuma, se il negozio è continuo, a tratto successivo, se l'utente non acquista un diritto reale sull'energia in quanto la restituisce al concedente dopo averne usato, il contratto non può essere che locazione di cosa. Fu osservato, al solito, dal Pipia: non si consuma la corrente, ma ben si consuma l'energia, e, potrei soggiungere, integrando il pensiero, è ben l'energia che si ha di mira nei contratti di somministrazione dell'energia elettrica. Il somministratore, si osserva ancora, deve anche produrre, fare, ed è secondo il Barassi il fare che predomina.

Il Cattaneo, nota il Barassi, s'arresta al godimento dell'utente e sorvola sul lato della somministrazione da parte della società. Giova infine por mente che l'essere un negozio a tratto successivo non prova molto per la locazione: certo la continuità della somministrazione è un momento che si affermò in antico e anche oggi spicca principalmente nella locazione in quanto nella locazione è elemento immanente, necessario: ma questo carattere, che pare costituire un'anomalia di fronte al concetto tradizionale dell'obbligazione

(la prestazione istantanea, il rapporto destinato a estinguersi, e che nell'estinguersi ritrova la sua realizzazione), si è pure esteso nel successivo svolgimento dell'obbligazione, tanto nel diritto romano, quanto nel diritto odierno, a una serie numerosissima di rapporti obbligatorî.

L'Armissoglio (*op. e loc. cit.*) ritiene che l'oggetto locato sia invece il circuito. Il contratto di somministrazione dell'energia elettrica è contratto di godimento del circuito. L'energia elettrica non è un *quid* suscettibile di apprensione, di possesso, di proprietà, non è *cosa;* il rapporto non può quindi avere a suo oggetto l'energia elettrica: di reale, che cada sotto i sensi, non v'ha che il circuito e l'applicazione di determinati apparecchi al medesimo. La scienza del diritto dev'essere fondata sui fatti, non sulle mere ipotesi circa la natura dell'elettricità.

Qui v'ha più di un equivoco: sul concetto di *cosa*, sull'oggetto dei rapporti giuridici. Nè l'equivoco è stato in tutto chiarito: ma di ciò in seguito. Senonchè, fu osservato da tutti, ciò che si ha in mente, ciò che si contratta, ciò che si gode dall'utente è la corrente o l'energia: il circuito non è che la via tracciata, come l'alveo rispetto al fiume, le rotaie di una ferrovia, i tubi di un impianto a gas. Tanto varrebbe, a detta del Pipia, considerare il contratto tra il viaggiatore e la società quale una locazione del veicolo.

Alcune sentenze (App. Casale, 6 dicembre 1900 e 23 aprile 1901, *Giurispr.*, Torino, 1901, 501 e 559), relative all'elettricità adibita come forza motrice, ritennero che, se l'energia elettrica si ottiene in modo automatico mediante macchinario messo in movimento dalla forza idraulica, si debba il rapporto considerare come una locazione di cosa e precisamente del motore.

L'opinione rappresentata dalla sentenza che pubblichiamo della Cassazione di Roma, e da altra di pari data riassunta nelle *Massime*, 1901, 281, si può ritenere in giurisprudenza la prevalente. Confr. App. Torino, 5 giugno 1900, sentenza confermata dalla Suprema Corte con quella che

pubblichiamo (*Giurispr.*, Torino, 1900, 875), ed inoltre: Cassazione Napoli, 13 giugno 1900 (*Id.*, 1900, I, 849); Trib. Napoli, 8 marzo 1901 (*Trib. giudiz.*, 1901, 98); Cass. Torino, 10 aprile 1901 (*Monit. Trib.*, Milano, 1901, 362); quest'ultima relativa a somministrazione d'acqua, tutte però escludenti l'ammissibilità della reintegrazione in possesso, inammissibilità confermata anche con la sentenza 26 giugno 1900 dalla stessa Suprema Corte di Roma (*Foro ital.*, 1900, I, 893). Nella dottrina è per essa il Barassi. Escluso, secondo il ragionamento della Corte d'appello di Torino (cit. sentenza), il carattere della vendita per la considerazione tutt'altro che decisiva della continuità del rapporto e con dire inoltre che nulla si trasferisce in proprietà, le Corti si decidono per la locazione d'opera in quanto l'essenziale è la produzione dell'energia, il lavoro, il fare, e, come appunto nella *locatio operis*, oggetto del contratto è il prodotto di questo lavoro. Il Barassi configura il rapporto così: è locazione d'opera, nella quale il godimento che l'utente ha del risultato (illuminazione dell'appartamento o altro servizio) è contemporaneo alla sua elaborazione, come negli spettacoli teatrali, nei trasporti e simili; una di quelle locazioni d'opera riassunte dall'Oertmann nella formula « locazioni di cui l'*opus* è immateriale ». Non avviene nessuna trasmissione di proprietà nell'utente, al quale è solo concesso il godimento di una continuata energia di lavoro, un *uti frui*. Il concetto della *locatio operis* s'impone, secondo il Barassi, perchè, giusta il suo motivo consueto, l'elemento di *fare* soverchia il *dare*.

A dire il vero, il Barassi mi sembra aver configurato in guisa il rapporto che l'elemento di dare, più che rimaner di sotto, svanisce, nel senso tecnico e romanistico almeno, in quanto non si trasferisce una cosa, ma si presta una utilità, che è il risultato di un'energia continuata di lavoro; e di fatto ciò viene a dire il Barassi poco appresso: « Il risultato qui si compenetra con questa attività di lavoro in modo che uno stacco non è possibile ..... Noto anche che una cosa può essere oggetto di rapporti giuridici quando

abbia esistenza propria, ed esistenza propria, indipendente, non l'ha, quando non abbia unicamente in sè le ragioni, la sorgente della vitalità ». È il pensiero della sentenza presente: non è separabile il lavoro dalla produzione. È un pensiero che ha il suo fondamento di verità, ma non vuole essere esagerato nella sua portata. Sta in fatto che nella somministrazione di energia elettrica io godo di una entità che viene via via in mio potere e può essere adibita a svariate funzioni: illuminazione, riscaldamento (applicazione piuttosto rara pel costo), forza motrice. Nel contratto di trasporto invece nulla viene in mio potere: e se è locazione di opera e non di cosa — malgrado, osserva il Barassi, vi siano circostanze favorevoli a una locazione di cosa, cioè il godimento della carrozza — ciò deriva dal fatto che non io porto meco e guido il veicolo, ma altri mi fa questo lavoro di trasportarmi: io resto passivo, e non altrimenti avviene negli spettacoli teatrali, per cui l'essere spettatore è divenuto persino nell'uso sinonimo di restar passivo.

Isolata è l'opinione del Pipia (*L'elettricità nel diritto*, Milano, Hoepli, 1900, pag. 186, e *Giurispr. ital.*, 1900, IV, 350). Con un tratto zenoniano male adoperato dall'imperatore bizantino a proposito dell'enfiteusi, egli esce fuori dei tipi nominati e tradizionali, e sostiene trattarsi in proposito di un contratto innominato, *sui generis*, di somministrazione, il quale ha in sè gli elementi dei varî contratti con cui si è tentato di configurare il rapporto, della vendita, della locazione d'opera, e, ora soggiunge, della locazione di cosa, senza che tuttavia nessuno di questi contratti valga a qualificarlo in modo esclusivo.

Ora il contratto *sui generis*, come il diritto *sui generis*, è una scappatoia, come fu ben notato, con cui si addormenta l'analisi e si dissimula la caratteristica essenziale del rapporto. La qualifica propria di questo negozio « contratto di somministrazione » designa una caratteristica generica e accidentale, non specifica e tipica. La somministrazione è un concetto economico e giuridico, non un istituto o una

figura contrattuale distinta: vi può essere somministrazione di cose o in proprietà o in godimento, somministrazione di opere che sono il risultato di un lavoro, e anche si parla di somministrazione di servigi: secondo la varia natura della prestazione, il rapporto sarà di vendita, locazione di cose, locazione d'opera, e anche locazione di opere, benchè questa figura meno risalti nell'uso. Dice il VIVANTE (*Trattato*, I, pag. 86, n. 41; [5ª ediz., pag. 155, n. 74]): « L'imprenditore che esercita questo commercio (di somministrazione) assume generalmente l'obbligo di consegnare per un prezzo previamente convenuto a epoche fisse, e solitamente periodiche, cose o servigi in proprietà o in solo godimento ». E il concetto si potrebbe anche ampliare, uscendo però dai confini dell'economia ordinaria e del Codice di commercio: poichè si discorre anche di somministrazione di alimenti, di rendite e simili. Comunque, non abbiamo in questo contratto se non un carattere generale, che in ogni negozio si rileva e corrisponde alla tendenza progressiva dell'obbligazione di non esaurirsi in un atto, bensì di ammettere una serie continua, periodica di prestazioni. Accettiamo pure il termine « somministrazione di elettricità »; conviene sempre ricercare quale rapporto nel nostro caso questo termine significa.

Un esame preliminare, il quale più che avviare alla soluzione può sgombrare il terreno di alcune preoccupazioni, è sulla natura dell'elettricità come oggetto di diritto, se si abbia o meno a considerare come *cosa*.

A me pare che anche nel diritto si debba distinguere, e dai Romani stessi in fondo si distingue, un senso più generico della parola *cosa* o *res*, in cui si ricomprendono nel concetto di cosa anche entità astratte e ideali, e in questo senso vi rientrano i servigi e in genere le prestazioni che sono oggetto delle obbligazioni, e un senso specifico, in cui essa significa l'oggetto della proprietà o dei diritti reali. Questo senso specifico è propriamente il senso tecnico della parola *cosa*, il senso in cui vuol esser fatto l'esame se

l'elettricità sia cosa, perchè, quanto all'essere cosa nel primo significato e suscettibile di altri rapporti giuridici all'infuori dei diritti reali, solo per equivoco, mi sembra, se ne può dubitare. E degli equivoci, a mio avviso, ne corrono parecchi tanto nella dimostrazione del Pipia quanto in quella del Barassi. Il Pipia nega tra noi che l'elettricità sia cosa: l'elettricità è uno stato della materia, non una cosa. Nondimeno, soggiunge, l'elettricità può fornire oggetto di rapporti giuridici. E fin qui nulla di male: troverei anzi eccessive ed equivoche le critiche del Barassi. Strano è però che il Pipia dichiari: « L'elettricità, per quanto stato e non cosa, è suscettibile di proprietà » (*L'elettricità nel diritto*, pag. 14). Avremo dunque diritti sulle cose che non hanno per oggetto la cosa? Il Barassi ritiene che sia cosa: l'elettricità esistente è utilizzata dall'uomo che ne dispone. Che sia ignorata la sua natura importa poco. « È cosa, cioè suscettibile di rapporti giuridici, in quanto — secondo l'insegnamento del Simoncelli — è anche suscettibile di gestione economica, cioè ha un valore di costo, che si esplica nella sua permutabilità ».

Ora, data l'equazione cosa, oggetto suscettibile di rapporti giuridici, la risposta che l'elettricità sia cosa è tanto sicura quanto, *absit invidia verbo*, inconcludente. Che l'elettricità sia suscettiva di rapporti giuridici è un fatto; noi discutiamo appunto sulla natura di uno di tali rapporti. Ma è l'elettricità cosa nel senso che sia suscettiva di diritti reali o di rapporti obbligatorî, le cui prestazioni vertano su di una cosa in senso specifico, tecnico, quali la vendita e la locazione di cose?

A questo senso tecnico, specifico, alludono senza dubbio altre considerazioni del Barassi riportate sopra. Ma non giova all'uopo ricorrere ai criteri economici, valore di costo o permutabilità. Tutto ciò sta molto bene per riconoscere quando la cosa definita come tale può essere oggetto suscettibile di rapporti giuridici, per separare le *res communes*, le *res extra commercium* per eccellenza, dalle altre cose; ma i

requisiti che costituiscono la *res*, la cosa, non ci sono dati dall'economia politica. Il criterio economico è adunque a un tempo stesso generico e vano.

Il criterio con cui di regola si suol definire la cosa è la sua corporea, materiale essenza, ovvero si dice più semplicemente (è la formula sulla quale io stesso nelle mie *Istituzioni*, §§ 9 e 77, mi sono mantenuto) « è cosa una parte limitata della natura, del mondo esteriore ». Coloro che hanno voluto uscire da questi termini, sono ricaduti nel senso generico di cosa, senso che non è un portato della speculazione o dell'evoluzione storica moderna, ma di qualunque momento storico, e più o meno avvertito da qualunque speculazione, perchè in tal senso cosa equivale a oggetto di diritto; onde la generalizzazione non si sa a che abbia giovato se non a turbare un concetto e fargli usurpare il posto di un altro.

Io credo tuttavia che si possano segnare probabilmente diverse forme o fasi storiche del concetto di *cosa*, e certamente diverse forme o fasi logiche: e credo che a ricomprenderle tutte in una formula non si possa definire la cosa se non come un'entità reale, obbiettiva, esteriore, in antitesi alle entità subbiettive, ideali, come sono i servigi e tutte le prestazioni umane: sarei quasi tentato di opporre il φαινόμενον al νοούμενον in un senso che non è precisamente il kantiano. La più netta e forse la prima forma di *cosa* è la *cosa mobile*, limitata nei suoi contorni e staccata dal resto del mondo esteriore, avente la sua vera esistenza propria e indipendente. Ma già nel *fondo*, che non ha una costituzione sua, ma dipendente dalla volontà umana, che ha confini insomma arbitrari e non si stacca dalle altre cose, questo tipo genuino si rabbuia: il concetto di *cosa immobile* è già insomma un concetto artificioso. Cresce l'artificio passando all'*acqua*, le cui molecole mutano e rimutano continuamente, dove i confini tra proprietà e proprietà sono una pura astrazione, dove infine lo stesso concetto di « cosa immobile » applicato all'acqua corrente, cioè a una cosa che sfugge continuamente

ed è la più mobile tra le cose visibili, pare un'ironia. Ma fin qui, se non altro, ci rimane la tangibilità, il cadere sotto i sensi: dobbiamo invece riconoscere l'imperfezione dei nostri sensi e abbandonare questo criterio passando ai *gas*. O perchè ci conviene arrestarci davanti all'*energia elettrica?* non ha essa una entità obbiettiva, reale? non si misura, non si adibisce ai più svariati usi? non si comporta essa in tutto e per tutto come l'acqua, in guisa che la terminologia e le leggi dell'idraulica si applicano splendidamente alla corrente elettrica? Che si ritenga uno stato della materia, dell'etere, che importa? Anche l'acqua è uno stato dell'idrogeno e dell'ossigeno, l'aria liquida uno stato diverso dall'aria gassosa, il diamante uno stato del carbonio. E non sono cose, e cose per noi diverse in quanto servono a scopi essenzialmente diversi, dall'idrogeno e dall'ossigeno, dall'aria allo stato naturale e dal carbone? Il lavoro che si fa a metter l'etere in quella condizione si potrebbe quasi dire una specificazione, non altrimenti che è specificazione la produzione dell'aria liquida, e sarebbe una bella specificazione se del carbone si potesse fare diamanti invece che cenere.

Osservo incidentalmente che coll'ammettere che l'elettricità sia cosa io non intendo risolvere decisamente in senso affermativo questioni come il furto di elettricità o lo spoglio di possesso da parte della società fornitrice, che interrompe la somministrazione, quando in ispecie, rispetto a quest'ultima questione, avremmo l'equivoco di ammettere lo spoglio di possesso di cosa non ancora entrata in possesso dell'utente. Ma, tornando al nostro tema, si può, mi pare, senza esitazione e senza ripugnanza riconoscere che l'energia elettrica sia cosa in senso specifico, obbietto di proprietà e di rapporti obbligatorî, la cui prestazione abbia per oggetto finale la cosa.

Riconosciuto tuttavia che l'elettricità sia cosa, non pare che nel nostro problema si sia fatto decisamente un gran passo innanzi; giacchè sono rapporti che hanno per oggetto la prestazione di cosa tanto la locazione di cose quanto la

vendita, e quanto eventualmente, in ultima analisi, la locazione di opera. Se i diritti reali si distinguono tra loro pel contenuto, cioè per le facoltà che in ciascuno di essi competono al titolare, i rapporti obbligatorî, concetto non parallelo a quello di diritti reali — nel sistema dei diritti reali la natura tipica dei diritti permette una classificazione secondo essi —, non si distinguono che per l'oggetto, la prestazione, momento da non confondere col contenuto, che è il diritto del creditore.

Ora quale sia la prestazione non si può desumere se non dalla volontà delle parti. Nè giova il dire che a elementi subbiettivi non si fa ricorso, giacchè, domando io, da che si può desumere che cosa le parti hanno voluto se non da una interpretazione della volontà delle parti? Si possono all'uopo anche alterare dalle parti i requisiti naturali e normali di un oggetto e trattare come inconsumabile un oggetto consumabile (comodato *ad pompam*), come infungibile un oggetto fungibile. Altra questione è — e qui forse ha radice l'equivoco — a quale tipo di negozi venga ad appartenere il contratto che impone quella prestazione o quelle reciproche prestazioni e controprestazioni. Qui forse le parole usate dalle parti possono anche essere errate.

Ora abbiamo nel proposito una continua produzione e somministrazione d'energia elettrica dietro mercede. Prescindiamo dalla continuità, dal carattere accessorio e generico della somministrazione. Resta la prestazione di una cosa, che all'uopo si produce (quindi al momento non esiste), perchè l'accipiente la consumi (quindi diviene sua proprietà). Ciò esclude la locazione di cosa. Restano due tipi: la compravendita e la locazione d'opera: sono i due negozî nei quali interviene la cosa da un lato, il prezzo o la mercede dall'altro; ma nel primo i contraenti hanno di mira la dazione della cosa, esista o meno la cosa al momento poco importa; nel secondo la produzione della cosa per opera dell'uno dei contraenti e la sua consegna all'altro.

Obbietto della compra-vendita è veramente un *dare* della cosa (così è sostanzialmente anche nel diritto romano, non ostante le anomalie della compra-vendita romana): obbietto della locazione d'opera è il *facere* in due momenti: nel grado di produzione, di elaborazione, e nell'istante della consegna, poichè la cosa che si elabora in nome del committente appartiene al committente ed è a suo rischio già prima della consegna, non appena individuata, sicchè la consegna non ha valore di dazione. La differenza può essere menoma e precisamente, oramai non deve fare scrupolo, solo intenzionale. Se all'orefice io ordino che mi rimetta a casa per la dimane un anello con perla o al pasticciere che mi mandi una specie di torta, esista o meno in quel momento nel negozio l'anello con perla e la torta, il negozio è compra, eventualmente di cosa futura. Se invece io ordino all'orefice che mi faccia quell'anello, che ben vedo che egli non ha nella sua bottega, o al pasticciere che mi fabbrichi una torta per la dimane, è locazione d'opera. Se io veggo sul mattino un pescatore che tira le reti e contratto la sua pescata del momento, dell'ora o della giornata, è questa un'*emptio spei:* se gli dò incarico di pescare per me è una locazione d'opera, o anche una locazione di opere se lo porto meco. Ma nel dubbio, quando la cosa vuol esser prodotta dall'opera attiva di uno dei contraenti, io sarei sempre per la locazione d'opera.

Ciò posto, anche nella nostra questione io sono per la locazione d'opera: non per la ragione che l'opera sia prevalente, che il fare soverchî il dare, ma soltanto perchè l'opera interviene, è presa di mira dalle parti e la consegna della cosa prodotta non è che il momento finale della locazione, perchè, insomma, l'oggetto è nei suoi varî gradi il preciso oggetto di una locazione d'opera.

Un'obbiezione sorge a questo punto. Quando la materia sia fornita dallo stesso artefice, i Romani furono dubbiosi tra la locazione d'opera e la compra-vendita. Giustiniano (§ 4, Inst., 2, 25) si decise per la teoria, pare, di fonte sabi-

niana (Gaio, III, 147; L. 2, § 1, D. 19, 2), della compravendita, mentre un principe della stessa scuola sabiniana, il giureconsulto Cassio, aveva proposto una soluzione conciliativa, per diritto romano abbastanza repugnante colla rigidezza delle formule processuali, cioè che si considerasse il negozio come un misto di compra-vendita (per la materia) e locazione d'opera (per la cosa prodotta). Senonchè a questa dottrina io credo col Barassi (*Contratto di lavoro*, pag. 170 e seg.) che noi non siamo vincolati e possiamo ritornare forse Proculeiani.

Quanto al carattere di somministrazione, sarà chiaro oramai che esso non altera il rapporto, per quanto possano presentarsi all'occasione i dubbi e i casi-limiti suaccennati. Se io acquisto di volta in volta il pane dallo stesso fornaio o i numeri di una rivista da un medesimo libraio o anche dall'editore, sono pur sempre un compratore; ma se io contratto col fornaio che mi mandi il pane per un mese o coll'editore che per un semestre mi spedisca la rivista, il primo mi conterà tra i suoi clienti, il secondo tra i suoi abbonati, e tanto l'uno quanto l'altro aumenteranno eventualmente per me la produzione e la tiratura: è locazione d'opera.

XVIII.

Natura del contratto di somministrazione d'energia elettrica. (II nota) (*).

Per la concisione e la perspicuità del dettato, la serrata e rigorosa logica del pensiero giuridico, questa sentenza è essa stessa un felice contributo allo studio dei rapporti giuridici in tema di elettricità. Chi nel ragionare si trova innanzi ad una illustrazione così lucida e viva della specie, deve bensì non sorvolare sulle parole, perchè ognuna è pensata, ma ha d'altra parte il còmpito agevolato, sia in quanto consenta, sia, a mio avviso, in quanto dissenta. Nella decisione della controversia speciale non si può non convenire: l'energia elettrica è un prodotto, le dinamo sono destinate alla sua produzione, quindi esse sono macchine lavoratrici. Che l'energia elettrica si debba nel diritto considerare come cosa, in quanto si contiene in uno spazio e si trasporta, si produce e si consuma, si misura e si valuta, in breve esiste fuori di noi, dovrebbe essere universalmente riconosciuto: le teorie fisiche, tutt'altro che pacifiche del resto, sull'essenza dell'elettricità, non debbono influire sulle relazioni pratiche, che ne sono indipendenti, non altrimenti che le teorie metafisiche sulla realtà o meno

(*) Dalla *Riv. del diritto comm.*, II, 1904, pag. 497 e seg. Nota alla sentenza della Corte di cassaz. di Roma, 26 marzo 1904. La massima della sentenza nella *Riv. del diritto comm.*, l. c., è la seguente: « Istrumento immediato di produzione d'una merce è la macchina lavoratrice; e poichè nelle officine elettriche le dinamo servono alla produzione immediata dell'energia elettrica, che è il prodotto industriale che dalle officine si vende, debbono considerarsi come macchine lavoratrici, e come tali andare esenti dall'imposta sui fabbricati ».

dell'universo non ci impediscono di trattare pur sempre le nostre rappresentazioni come reali. Io trovo anzi, direi quasi, originale che la dottrina negativa del carattere di cosa dell'energia elettrica non faccia altro che insistere sul domma scientifico della fisica moderna che l'elettricità è uno stato dell'etere: domma per giunta non indiscusso e anche inadeguato all'uopo, giacchè anche il ghiaccio è uno stato dell'acqua ed è pure cosa distinta dall'acqua. Ciò che illude al riguardo è forse il paragone con altri stati dell'etere, cui il nome di cosa pare inapplicabile: la luce, i suoni, il calore. Ma io non sarei alieno dal credere che la ripugnanza ad estendere a questi elementi il nome di cosa dipenda dallo stato attuale della nostra esperienza e dei nostri sistemi di utilizzazione; noi non siamo riusciti ad isolare questi fenomeni (e ciò del resto non si può quasi dire dei suoni) da un corpo visibile e tangibile; e se per avventura un giorno si riuscirà a produrre luce diffusa ed a creare delle officine per generarla e distribuirla, dato che noi si possa vedere quel giorno, non rifiuteremo allora alla luce il carattere di cosa, come non lo nega il poeta che la fa piovere sui corpi e suscitare i colori « ovunque si riposa ». A risolvere i problemi giuridici deve bastare la fisica di un ignorante, quella che si mostra negli effetti e nelle applicazioni, non quella che ricerca le cause e le leggi. Si può dubitare certo se in queste estensioni del concetto di cosa si abbia a tener fermo il requisito della corporeità, della materialità; vale a dire se si debba ridursi al momento astratto dell'esistenza obbiettiva o intendere invece in un senso più astratto gli stessi requisiti enunciati.

Io tentai altrove di descrivere il cammino fatto dal concetto di cosa nelle sue applicazioni successive agli elementi del mondo esteriore su cui si è esercitato progressivamente l'impero dell'uomo (vedi *Foro ital.*, 1901, 1, pag. 901; v. sopra pag. 295, 296), nè qui voglio ripetermi. Noto solamente che anche nel paese, in cui la dottrina giuridica al riguardo

apparve più dominata dall'influenza delle teorie fisiche, si manifesta ora una savia reazione (v. Pfleghart, nell'*Archiv für bürgerliches Recht*, 1904, pag. 300) sulla natura di cosa dell'energia elettrica.

Il carattere di cosa tuttavia di per sè solo non decide in modo univoco e definitivo le questioni sui varî rapporti giuridici che s'incentrano intorno alla energia elettrica. È solo un preliminare utile: specialmente essenziale in materia di furto, e difatti la discussione si è agitata specialmente in questo rapporto (v., per esempio, l'elaborata nota del De-Carretto, *Foro italiano*, 1901, II, 330). Ma come pel furto occorre pure stabilire il momento del possesso (nè quindi si ha spoglio con l'interruzione di somministrazione), come per la natura commerciale o meno della società produttrice è necessario andar d'intesa sulla qualità di merce e di prodotto dell'energia elettrica, così per risolvere il problema circa la natura del contratto di somministrazione dell'elettricità occorre stabilire che rapporto di credito e debito interceda tra le parti.

Ora su questo punto a me non pare di poter convenire con la tendenza della decisione presente, tendenza prevalsa negli ultimi tempi (v. Pilon, nella *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, pag. 5 e seg.; Colabattista, *Giurisprudenza italiana*, 1904, IV, pag. 93 e seg., pag. 233 e seg., il quale autore si richiama alla sentenza che annotiamo e ne riporta la motivazione culminante in proposito). In una via di progresso siamo certamente: dalla maggior parte delle teorie avanzate (vedine l'esposizione e la critica in Barassi, *Monitore dei Tribunali*, 1900, pag. 231; Bonfante, loc. cit., ed ora in guisa più esauriente in Colabattista, *Giurisprudenza italiana*, loc. cit.; alle teorie esposte converrebbe pure aggiungere la notevole teoria del De-Carretto — distinguente ora vendita, ora locazione d'opera, secondo che si sia dedotta in contratto la corrente o la energia elettrica — nella *Corte suprema di Roma*, 1901, I, pag. 264 e seg.) si può oramai ritenere liberato il campo. Due sole

resistono nella dottrina e nella giurisprudenza: la teoria della locazione d'opera e la dottrina della vendita. La prima è in giurisprudenza prevalente, e nella dottrina italiana ebbe fautori con diverse argomentazioni il Barassi e me; la teoria della compra-vendita, già apparsa in alcune sentenze, si afferma ora incidentalmente in questa e riscuote nella dottrina il suffragio dei due più recenti scrittori, il Pilon e il Colabattista.

Circa la teoria della vendita, in risposta alle osservazioni del Barassi, che il fare è l'elemento preponderante, non già un puro mezzo al dare, io notavo:

« Non direi che le critiche siano tali da liberare il campo da questa dottrina..... Ricercare l'elemento che prepondera, se il fare o il dare, è un criterio poco logico e troppo materialistico, il più delle volte di applicazione impossibile o arbitraria, e inoltre non mi pare che l'intenzione delle parti sia da mettersi così totalmente da banda; s'intende non quello che le parti dicono, ma quello che le parti effettivamente vogliono, l'intenzione reale, obbiettiva, quella che dà vita agli invocati elementi obbiettivi. Tali elementi costituiscono senza dubbio la figura del contratto; ma da che si vuole desumerli se non da ciò che le parti hanno posto in essere? Nella commissione di un quadro ad un valente artefice il fare non è mezzo al dare, perchè anzi il fare è nell'intenzione delle parti, perchè il *dare* nel senso pregno e romano del vocabolo non interviene punto, giacchè l'artefice non trasmette nulla al committente: il quadro che egli ha eseguito *alieno nomine* non è un sol momento sua proprietà. Potremmo infine anche soggiungere, a volere essere rigidi, che non senza esitanza si può trasferire questo esempio della produzione artistica, ove ha particolar rilievo il valore individuale dell'artista, alla produzione industriale, collettiva. Il caso del singolo, che come tanti altri entra in rapporto con un ente industriale, quale è la società, non sarebbe piuttosto da paragonare al caso di chi contratta con un negoziante di quadri

o acquista una tela qualunque nello studio del pittore o in generale entri in rapporto con un commerciante o con un industriale? ». E soggiungevo in fine della mia nota citata che, data la cosa, che all'uopo si produce (quindi al momento non esiste), perchè l'accipiente la consumi (quindi diviene sua proprietà), dato il prezzo o la mercede che interviene dall'altro lato, non restano che due soli tipi, secondo cui si può costruire il negozio, la compra-vendita e la locazione d'opera.

I due negozi, d'altra parte, in certe configurazioni, come è la nostra, si presentano più che affini, direi quasi finitimi. Tali configurazioni, in cui la materia non è somministrata dal committente, bensì dall'artefice o dall'industriale, in cui l'opera ha per risultato la produzione di una cosa, sono *ab antiquo* il rovello della giurisprudenza. Ondeggiò la giurisprudenza più sagace, e ha ondeggiato il movimento legislativo. Nel campo del diritto romano quei giuristi furono dubbiosi tra la locazione d'opera e la compra-vendita: Giustiniano (§ 4, Inst. *de loc. et cond.*, 3, 24) si decise per la teoria della vendita. A me par certo che la questione dividesse le due celebri scuole e sia da aggiungere alle famose controversie agitatesi tra Proculeiani e Sabiniani. La teoria che ha di mira colui dal quale *substantia proficiscitur* è riferita a Sabino (L. 20, D. *de empt. et vend.*, 18, 1); ed è Giavoleno, un illustre sabiniano, il quale ribadisce questa prevalenza della *materia* nel decidere la questione (L. 65, D. *eod.*): se Gaio nel testo delle Istituzioni (III, 147), e forse in quello delle *res cottidianae*, come ci è riferito, certo con alterazioni, dai compilatori (L. 2, § 1, D. *loc. cond.*, 19, 2), non la menzionava come tale, ciò è da attribuire al non esser così rigidamente fissato nelle due scuole il contrasto, all'essersi l'uno dei capi e iniziatori della stessa scuola sabiniana, Cassio, separato da Sabino con un'opinione conciliativa. Si può ricordare che Gaio non ci dà come netta controversia di scuola nemmeno quella in ordine alla specificazione (Gaio. II, 79: *alii vero! idque maxime...*

placuit!), anche qui, mi pare, perchè essa non divideva nettamente le due scuole e forse anche qui perchè si era venuta formando un'opinione conciliativa. Dal testo delle *res cottidianae* inserito nel Digesto (L. 7, § 7, D. *de a. r. d.*, 41, 1) parrebbe infatti che la *media sententia* in tema di specificazione fosse nota a Gaio, e, per quanto sia da ritenere sicuro che egli la rigettasse, non altrimenti che rigetta l'opinione conciliativa di Cassio nel nostro tema, e che il testo quindi sia stato alterato dai compilatori, forse è eccessivo affermare col Perozzi (nei *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, 1890, pag. 500) che non la conoscesse, perchè nelle Istituzioni non la menziona. Ma nella opinione, che la controversia relativa al nostro tema fosse una controversia di scuola, mi conferma l'intimo rapporto verbale e concettuale tra le due controversie: nell'un caso e nell'altro si parla di *materia et substantia* e di *facere*, nell'un caso e nell'altro gli uni dànno la prevalenza alla *materia* e alla *substantia*, gli altri al lavoro e alla produzione; poichè in base alle Istituzioni di Gaio non dubito col Perozzi che il principio creativo fosse il fondamento della teoria proculeiana, nè mi paiono consistenti le osservazioni del Baviera (*Le due sette di giureconsulti*, 1898, pag. 51).

Le legislazioni moderne non hanno codificato la dottrina sabiniana e giustinianea. Peraltro nel Codice austriaco l'esser fornita la materia dall'artefice è criterio, per cui nel dubbio si deve ritenere la compra-vendita (art. 1158), e nel Codice civile germanico è sancito che in simili ipotesi al contratto si applicano le regole della vendita (art. 651). Nei lavori legislativi del Codice francese, e nel testo (articolo 1511, c. 6), la teoria della vendita, in poca armonia con l'art. 1787, si afferma.

Come si risolve la questione? Che cosa si deve dire in particolare pel nostro Codice? Le teorie avanzate sono numerosissime, e presso di noi ne ha fatta una larga disamina il Barassi (*Contratto di lavoro*, pag. 164 e seg. [v. in fine]). Si contrastano il campo anzitutto le due teorie esclusive della

locazione d'opera e della vendita, ma nel paragone, si deve convenire, questa prevale. Vi hanno poi le teorie intermedie: si guarda all'intenzione dei contraenti (teoria largamente diffusa); si ritiene un negozio misto di compra-vendita e locazione; si distingue tra vaste imprese e produzione isolata, e si innestano in questa distinzione altre suddistinzioni. La teoria dominante in giurisprudenza e ritenuta dallo stesso Barassi è peraltro quella che distingue secondo che prevalga l'elemento lavoro o l'elemento materia.

Lasciamo da parte le due teorie assolute della vendita o della locazione d'opera senz'altro, appunto perchè, ripeto, esse sono, per mio avviso, le sole logiche, le sole tra cui si deve scegliere.

L'intenzione dei contraenti non risolve il conflitto, che è appunto sulla natura obbiettiva del rapporto. Ciò che le parti hanno voluto, anche se è chiarissimo (lasciamo pure da banda i termini usati), non ci può illuminare. Il momento è talmente ambiguo e irrilevante, che tutti, me non escluso, vi si richiamano come ammennicolo finale, fondando però o espressamente o implicitamente la decisione sopra un altro momento. La miscela dei due negozi è un rimedio disperato, e come tale ci si offre nell'antica giurisprudenza romana. Peggio ancora allorchè questa miscela, come è nella teoria dell'Aubry e Rau (vol. III, pag. 374), accolta presso di noi dal Pacifici-Mazzoni, si concepisce come una serie successiva, per cui il negozio sarebbe locazione d'opera durante il periodo di elaborazione, diventerebbe vendita finita l'opera e pronta per la consegna!

Seducente pare invece il concetto accolto in Italia dal Tartufari, *Vendita e riporto* (pag. 69), dal Coviello [N.], *Caso fortuito* (pag. 246 e seg.), già nella sostanza dal Semeraro, *Foro italiano* (1876, I, pag. 742), che distingue tra vaste imprese e produzione isolata. In realtà, come osservammo, l'elemento del produrre *alieno nomine*, che risalta nell'artefice, pare che si offuschi nell'industriale, il che si rispecchia pure nel prodotto: il risultato del primo ci si

offre di regola come cosa infungibile, quello del secondo è in genere cosa fungibile. È l'antitesi tra l'uomo e la macchina. Guardando a fondo però non si può su questa base creare una distinzione logica e solida. La struttura essenziale del rapporto è sempre identica. Lavoro e commissione, committente e imprenditore v'ha in ogni caso: che io ordini dieci scaffali al mio modesto falegname o ad una primaria casa di mobili, che io ordini una copia del « you dirty boy! » a uno scultore o ad un gran laboratorio artistico-industriale, il punto di vista giuridico non muta, i diritti e gli obblighi reciproci debbono essere gli stessi.

Quanto alla prevalenza della materia o del lavoro, essa è una di quelle teorie pratiche, piene di buon senso, che paiono conciliare tutto nel modo più equo e risolvere ogni controversia nel modo più semplice. Di qui la fortuna crescente nella pratica, ristucca troppo sovente del lavorìo sottile, stillato e senza fine della dottrina: vera opera di Sisifo. Ma la distinzione è arbitraria, la misura può riuscire spesse volte incerta in modo disperante, il criterio è un puro criterio di quantità e non ha un significato logico. Il Barassi richiama l'analogia dell'art. 470 in tema di specificazione: se non che da un lato questa analogia non ha un valore logico (nè del resto il Barassi pretende punto che l'abbia), dall'altra parte quel mediocre articolo, che non fissa nemmeno precisamente il criterio invocato, rappresenta una di quelle inorganiche ed eccezionali disposizioni, cui non giova far ricorso.

La scelta non può esser che tra i due concetti estremi: o vendita di cosa futura o locazione d'opera: ed io sono pur sempre per la locazione d'opera. Dirò anzi di più. Tutta la disputa mi pare che non solamente ci richiami a condizioni economiche dei tempi andati, ma perpetui delle controversie giuridiche che non hanno più base nel nostro diritto positivo. La tradizione romanistica, la tradizione del diritto comune, la tradizione francese: ecco tre

fonti che nel modo pedissequo con cui si suole spesso attingervi violentano il ragionamento, invece di lasciarlo procedere per la sua via. Non è il primo caso in cui nel Codice civile italiano si prosegue una disputa ereditata dal Codice francese, si citano le stesse fonti, gli stessi autori, gli stessi argomenti, senza riflettere alle modificazioni legislative: non si richiama il Pacifici-Mazzoni, per ammettere, in ordine al possesso di buona fede e all'acquisto dei frutti, il principio della mala fede sopravveniente, agli autori francesi, i quali si fondano sul loro articolo 550 capov., non riprodotto dal nostro Codice?

Ora nel nostro tema il Codice civile italiano non ha punto riprodotto la teoria sabiniana e giustinianea: non ha punto riprodotto nell'art. 1627 l'art. 1511, comma 6°, del Codice Napoleone. Nè il Codice tace, sicchè occorra completarlo con le sue fonti, il che non sarebbe punto lecito, quando queste fonti ci offrano una decisione non pacifica, non organica, ispirata a concetti economici oltrepassati. Per l'art. 1634, per gli articoli 1636, 1637, 1638 non rileva che il produttore somministri soltanto « la sua opera e la sua industria, ovvero che somministri anche la materia ». Gli avversari pertanto debbono pur riconoscere che il Codice non ignora la locazione d'opera con somministrazione di materia da parte dell'artefice o dell'industriale. Perchè ricacciarla indietro con la vendita di cosa futura, quando il fenomeno della produzione emerge e assorbe tutto? Perchè lasciarsi fuorviare dal fenomeno della traslazione del dominio? Non dicevano i Romani stessi per bocca del giureconsulto Paolo: *transfert proprietatem et tamen locatio est* (L. 22, § 2, D. *loc. cond.*, 19, 2)? Perchè dovremmo essere meno moderni dei Proculeiani? Perchè infine rifiutare al produttore la garanzia dell'art. 1642 e anche degli articoli 1640, 1641 Cod. civile?

Il perchè (a parte la tradizione) è forse il seguente: v' ha alcune specie spurie, che a torto si confondono nella questione, in quanto non si determina il concetto di materia

e di prodotto. Ora questi concetti vogliono esser definiti, e, a parer mio, vanno definiti secondo le regole della specificazione. Materia non è altro che la *materia prima:* prodotto non è altro che la *species*, la *res nova* della specificazione, una cosa, vale a dire, avente una individualità propria e distinta, una funzione sociale indipendente e sua. Quando l'artefice o l'industriale, ricevuta una commissione, compie, sia pure con proprî materiali, una specificazione, si ha la pura e semplice locazione d'opera. La cosa nuova, in tema di locazione d'opera, è di colui per cui si fa, nella stessa guisa che in tema di specificazione è di colui che l'ha fatta, *eius qui fecerit;* tale doveva essere il ragionamento dei Proculeiani, che malauguratamente il trionfo della dottrina sabiniana nel *Corpus iuris* ha soffocato.

Ma quando non si ha materia prima, quando non si ha cosa nuova, nè si ha specificazione, allora siamo fuori del caso nostro, allora io non avrei alcuna ripugnanza, anzi mi pare la soluzione logica e ineluttabile, a riconoscere compra-vendita e locazione insieme con diverso oggetto.

Se io non ordino un abito al sarto, ma lo fisso bello e fatto, e soltanto vi fo fare alcuni adattamenti, se io contratto un vecchio mobile e lo fo dallo stesso negoziante, che è dell'arte, rimettere a nuovo, se io contratto una casa non nuova e la fo dallo stesso contraente, che è architetto, restaurare ed adattare ai miei bisogni, nessun dubbio che si abbia allora e vendita e locazione d'opera. Non si ha materia e *species*, non si ha per risultato un *opus* nel senso in cui Labeone intende, cioè un « *corpus aliquod perfectum* » e, come egli si esprime, tale « *quod graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον* » (L. 5, § 1, D. *de V. S.*, 50, 16). Il favore onde la teorica della prevalenza della materia o del lavoro è accolta nella pratica, mi sembra aver ragione appunto nel fatto che in pratica 99 su 100 essa si riscontra nel nostro concetto.

Ma, dato questo concetto, nel tema della produzione e della somministrazione di energia elettrica noi siamo, ri-

peto ancora, in presenza di una netta figura di locazione d'opera. Può anche parer curioso a questo lume che ciò siasi voluto negare per l'appunto in una specie in cui quel che importa è l'effetto, è la forza che dalla cosa si sprigiona, in cui sulla natura di cosa del prodotto tanto si discute, e ad ogni modo la materialità, la corporeità di essa è dubbia. Data pure per certa, come io ritengo che si debba, la cosa, ammessa pure la corporeità, è egli lecito il ritenere che questo concetto si affacci il primo alla mente dei singoli, che, come asseriscono gli avversari, esso sia l'oggetto dedotto in contratto? Che il vento sia una massa di aria in movimento, tutti lo sanno, ed è, si può dire, visibile; nondimeno il pensiero più naturale vola senz'altro a immaginare il vento come una forza a sè, astraendo il movimento dal corpo impalpabile che si muove. Pure non un solo argomento che non consista in questa pretesa volontà delle parti adduce il Pilon: l'esempio poi che egli reca e pone in raffronto con la specie in questione dimostra che egli non ammette *mai* che il lavoro diretto alla produzione di opera con materiali proprî sia locazione d'opera; egli vi scorge *sempre* una vendita di cosa futura: « Allorchè io ordino un automobile a un fabbricante, il lavoro non è per me che un mezzo di esecuzione, quindi un accessorio della convenzione di cui l'oggetto principale è la compera di una vettura » (Pilon, loc. cit., pag. 29). Ora questa abolizione completa della locazione d'opera in ogni caso è, anche di fronte al Codice francese, per lo meno esagerata. L'erede del fabbricante, che è, ad esempio, avvocato, sarà obbligato a costruire un automobile, nè potrà invocare l'art. 1795 Cod. francese (Cod. civ. italiano, art. 1642)?

Il Colabattista oppone che il consumatore non si riserva alcuna ingerenza sul modo di produzione della energia elettrica: nega da ultimo la *faciendi necessitas* diretta verso il singolo contraente. « Un'azienda ben consolidata tiene sempre quel margine di produzione da fronteggiare le nuove richieste. Il lavoro fatto per uno dei tanti

contraenti svanisce di fronte ad un lavoro unico, complessivo, che il produttore fa per proprio conto a suo piacimento ». Ora, osservo circa il primo punto, l'ingerenza, la vigilanza del committente è un elemento accidentale, che può esservi nella compra-vendita di cosa futura o nella *emptio spei* (per esempio, del grano in erba) e non esservi nella locazione d'opera, e quanto più l'opera è tecnica, tanto meno può andare in pratica soggetta a controllo.

Quanto alla seconda obbiezione, essa si risolve, in ultima analisi, a distinguere tra produzione isolata e grande impresa: ora un'azienda, anche ben consolidata, segue le commissioni, l'energia elettrica che mi viene continuamente avviata è prodotta con un lavoro diuturno di cui una parte ad ogni istante mi è dedicata. Ma su questo punto ci richiamiamo alle osservazioni già fatte.

Una cosa è opportuno rilevare ancora: non solo, lo ripetiamo, sarebbe cosa iniqua dar di frego agli articoli che regolano la locazione d'opera in modo confacente agli interessi della produzione, ma le stesse leggi fiscali, donde in parte la controversia, hanno per certo il loro fondamento sulle diverse ragioni della produzione e della trasmissione di beni.

A mio avviso, nel campo in cui verte la presente questione il nostro Codice per la prima volta è tornato interamente alla parte degli antichi giureconsulti Proculeiani. E lo noto anche ad onore di quegli antichi, meno fortunati in genere dei loro avversari. Sicuramente la sporadica e frammentaria letteratura dei Proculeiani cede alla organica e vasta operosità, alla personalità imponente dei giureconsulti di scuola sabiniana; ma può essere che appunto a cagione di ciò i primi abbiano avuto realmente una visione più aperta delle funzioni e delle idealità del diritto, se non della sua logica elaborazione. Chi guarda all'armonia complessiva dell'edificio, alle sue linee fondamentali, più facilmente ne sacrifica le comodità, più difficilmente vi innesta motivi nuovi. Gli interessi del lavoro, le esigenze

della produzione erano motivi troppo nuovi pel mondo antico; ma chi dirà che siano tali nel mondo moderno?

Postilla. — Il concetto che l'energia elettrica sia cosa è oramai penetrato nella dottrina. Tra le due dottrine della compra-vendita e della locazione d'opera si inclina ora di preferenza verso la prima. Mi limito a citare lo scritto profondo del Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. del diritto comm.*, XI, 1913, I, pag. 354, e i due ponderati articoli del Lassan (*Il contratto di somministrazione dell'energia elettrica; L'energia elettrica come oggetto di delitti*) nella Rivista *L'Elettrotecnica*, II, 1915, e IV, 1917. Quanto agli autori già discussi, cfr. ora Barassi, *Contratto di lavoro*, 2ª ediz., 1915, vol. I, pag. 548, 590 e seguenti.

XIX.

L'imposta fabbricati e le forze motrici idrauliche (*).

La decisione è tipica in quanto ci rappresenta una tendenza costante della giurisprudenza in contrasto con la tendenza opposta della dottrina in materia tributaria. La specie è stata ripetutamente trattata nell'ottima *Rivista tributaria*, e più largamente con vigore dialettico notevole nell'articolo inserito al n. 3400 (vol. VII, 1902). Si può consultare anche la nota alla presente sentenza, n. 4201, anno 1905.

La più abile ed agile dialettica si rompe peraltro contro la realtà; l'acqua corrente è cosa immobile, perchè non si può nè isolare, nè maneggiare, e come immobile la considera il Codice civile (art. 412): l'acqua corrente incanalata per essere adibita agli usi di un edificio non si può separare dall'edificio più di quel che si possa fare pel suolo e le costruzioni ad esso aderenti, e come parte integrante dell'edificio e del fondo la considera pure il Codice civile (art. 412, capov.). Non si tratta nemmeno di applicare le norme relative agli immobili per destinazione. Esse tornano in acconcio pel macchinario, ma non per la corrente d'acqua, la quale per sè, indipendentemente dalla sua destinazione, è già cosa immobile. Qui è il concetto logico della connes-

(*) Dalla *Riv. del dir. comm.*, III, 1905, II, pag. 217 e seg. È una nota alla sentenza della Corte di cass. di Roma, 8 febbraio 1905. La massima della sentenza nella *Riv. del dir. comm.*, è la seguente: « Nella determinazione del reddito degli opifici idraulici deve tenersi conto dell'acqua demaniale come generatrice della forza motrice.

« Parimenti debbono calcolarsi le turbine di riserva e le eccitatrici nello stabilire il valore locativo dell'opificio ».

sione delle parti col tutto, sono le norme legislative che riconoscono ed esplicano a questo concetto i criteri della decisione.

La legge organica sull'imposta fabbricati 26 gennaio 1865 non ha deviato nè dalla natura delle cose (se l'avesse fatto, per la singolarità sua, la statuizione che l'acqua corrente è mobile avrebbe dovuto collocarsi accanto alla disposizione della Repubblica veneta che riguardava come cose mobili i fondi situati fuori dell'estuario), nè dalle norme del Codice civile: *ad abundantiam*, essendo sancito che il reddito di un opificio dotato di forza idraulica, a qualunque industria sia destinato, è quello risultante dall'affitto in corso o che si presume ricavabile in via di affitto, è chiaro che il godimento dell'acqua con le relative opere di derivazione e di conduttura va computato nel reddito agli effetti dell'imposta fabbricati.

Contro ogni intenzione del legislatore — in materia di leggi fiscali si può esserne davvero sicuri! — la discussione è stata attraversata dall'art. 7 della legge dell'11 luglio 1889, il quale, se costituisce il punto di appoggio della decisione presente per la naturale tendenza di ricercare una base precisa e prossima, è divenuto un'arme dialettica in mano di cauti avversari. Questo art. 7 è così concepito: « Nell'accertamento del reddito degli opifici debbono considerarsi come parte integrante dei medesimi i generatori della forza motrice, i meccanismi ed apparecchi che servono a trasmettere la forza motrice stessa, quando siano connessi e incorporati coi fabbricati ».

Ora, questo articolo, a nostro avviso, ha una celebrità immeritata nella questione, la quale si risolve e si deve risolvere indipendentemente da esso. In qualunque modo si voglia interpretare la designazione «generatori della forza motrice», o che si voglia intendere per essi o ricomprendere in essi la corrente ed il salto d'acqua, come interpretano le Corti, o che si voglia invece escludere precisamente l'acqua e restringere il significato di quella locuzione « ai soli motori

che servono a mettere in opera gli agenti naturali, carbone, acqua, ecc., le costruzioni stabili insomma », come intende la dottrina, pel tema presente non rileva. Io potrei, per ipotesi, andar pur d'accordo con gli oppositori che l'acqua non sia compresa dal legislatore in quella designazione; o per lo meno, ritenendo con la giurisprudenza che propriamente dal concetto « generatore di forza motrice » non si abbia ad escludere l'acqua, forse la mira del legislatore non doveva tanto essere diretta ad eliminare un dubbio imprevedibile relativamente all'acqua, quanto a eliminare il dubbio che può nascere in ordine al macchinario, alle dinamo, quando la forza motrice è generata dal carbone; insomma, con l'escludere l'acqua dal disposto di quell'articolo declarativo, gli avversari lo rendono innocuo, indifferente per la questione, non lo rendono favorevole alla loro tesi. La questione vuole essere decisa a lume di logica, al lume dei principî del Codice civile e della legge organica del 1865. Che un canale d'acqua che fa parte dell'opificio non ne faccia parte, non è detto in quell'articolo e ben dovrebbe esser detto espressamente, perchè un'anomalia legislativa non si sottintende. Eliminando un ostacolo, gli oppositori non hanno costruito positivamente la loro tesi se non per un'illusione dialettica, generata dal fatto che la giurisprudenza sulla base di quell'articolo ragiona. Ma in tutta questa discussione la dialettica, mi pare, fa dimenticare la logica e la realtà. Si dice: « L'amministrazione delle imposte pare voglia sostenere che l'acqua deve valutarsi come generatrice della forza, mentre, a nostro avviso, l'acqua costituisce, nel linguaggio ordinario, la forza motrice nè più nè meno del carbone usato nei motori a vapore, e, come sarebbe evidentemente strano ed illegale considerare il carbone parte integrante di un opificio, così riteniamo strano ed illegale attribuire all'acqua una funzione diversa da quella del carbone. Parlando di generatori della forza motrice il legislatore, con una dizione, forse, non troppo esatta, ha inteso riferirsi ai motori ed alle costruzioni stabili che servono a met-

terli in opera, non agli agenti naturali, sia carbone od acqua, che forniscono la forza per attivare i motori. Così negli opifici attivati dal vapore si dovranno considerare come parti integranti del fabbricato i motori a gaz o a vapore; in quelli che usufruiscono dell'acqua saranno da ritenersi come parti dell'immobile le condutture, le turbine, ed in genere tutte le costruzioni dirette a generare il moto a mezzo dell'acqua ».

Ora lasciamo stare che, comunque si considerino in rapporto l'una all'altro l'acqua ed il carbone quanto alla funzione industriale, una corrente d'acqua non si può paragonare nella sua naturale e giuridica essenza al carbone, al gas, all'aria, come pure si è fatto, perchè, *servano pure alla stessa funzione*, sta sempre che l'acqua è naturalmente e giuridicamente cosa immobile, il carbone è cosa mobile, e, mentre l'uno e l'altra sono oggetti di proprietà, l'aria è una *res communis*. Il termine generico di agenti naturali non si vuol convertire in una categoria giuridica.

Ma d'altro canto il paragone dell'acqua col carbone, se non è assolutamente retorico, mi par che regga sino ad un certo segno: l'acqua genera direttamente forza motrice, che solo indirettamente e mercè un macchinario assai più complicato è generata dal carbone. In ciò consiste il suo privilegio industriale. Se si vuole anche sottilizzare sulle trasformazioni che l'acqua subisce, si distingua pure tra il canale ed il salto dell'acqua. « Generatore di forza motrice » par certo una terminologia scientificamente inesatta: ma, una volta messa innanzi e intesa in un senso pratico, è per lo meno un'esagerazione il sostenere ch'essa non debba assolutamente ricomprendere l'acqua. Gli avversari, oltrechè col carbone, mettono l'acqua a riscontro col gas: e mi dicano allora: un gas che scaturisce da una sorgente, e poniamo pure sia utilizzato come forza motrice, è desso una cosa distinta dal fondo? L'acqua termale si deve giudicare pur essa una cosa distinta dal fondo?

Che l'ombra del fisco aduggi le industrie e la sua sete le annienti sul nascere è pur troppo un lamento generale,

ma è ad ogni modo più perniciosa agli interessi stessi dell'industria una mala giustizia distributiva nel danno comune, per cui l'imposta esaurisca una fonte di reddito per poi gettarsi più famelica sull'altra fonte, che si era vista finora a torto risparmiata. Uno stabilimento che vada a carbone paga ben l'imposta fabbricati per le dinamo e tutto il macchinario: una dinamo nuova e di eccellente modello paga più di una vecchia. Soltanto un canale d'acqua incorporato al fabbricato, che è la migliore di tutte le dinamo, non dovrà pagare l'imposta fabbricati?

Vero è che la questione si fa per l'acqua demaniale, per la quale si paga un canone. Se non che anzitutto, dal lato prettamente logico e giuridico, l'esser l'acqua demaniale non toglie che essa sia un immobile connesso col fabbricato e oramai parte integrante di esso. Dal punto di vista poi della giustizia distributiva, la spesa ha il suo compenso, e ben più largo che non la spesa per la compera od il nolo della dinamo, della caldaia, ecc. La legge, d'altra parte, si è ben premunita all'uopo. L'articolo 3 della legge 26 gennaio 1865 dispone: « Nessuna detrazione avrà luogo per decime, canoni, livelli, *fitti d'acqua*, debiti ipotecari e censuari ». Vero è che questo articolo si vuole eliminare escludendo che i fitti d'acqua debbano riferirsi ai canoni che si pagano per le concessioni demaniali, e con un procedimento analogo a quello adoperato nell'interpretazione della dizione « generatore della forza motrice », eliminato arditamente l'ostacolo, si ritiene dimostrata la tesi. La dottrina fa il solito riscontro col carbone: l'acqua si paga come si paga il carbone, non si può calcolare nel reddito dell'opificio la spesa del suo esercizio. Ora la spesa del carbone è certamente una spesa d'esercizio, ma il nolo della corrente d'acqua è, come sarebbe il nolo di una dinamo, l'interesse di un capitale, e poichè questo capitale, più ancora che quello costituito da una dinamo, che non è immobile se non per l'aderenza e la destinazione all'opificio, è un immobile per natura incorporato nel fabbricato, è innegabile che esso non può andare

esente dall'imposta fabbricati. Sgravare le industrie sta bene: costituire per gli opifici favoriti dal privilegio dell'acqua un privilegio fiscale di fronte agli opifici costretti ad andare a carbone non mi sembra nè logico, nè equo, nè utile.

Postilla. — In senso contrario (e, a dire il vero, le ragioni economiche son gravi e meriterebbero la considerazione del legislatore) v. la memoria, elaborata da una commissione presieduta dal sen. G. Colombo e stesa dall'avvocato R. Pozzi, *Dell'applicazione dell'art. 7 della legge sulla imposta fabbricati alla dotazione di acqua degli opifici industriali*, Milano 1910.

XX.

Compromessi e lodi fra industriali (*).

La sentenza è veramente interessante e degna di essere additata quale esempio di arditezza entro i confini della logica, oltrepassando le apparenti barriere della dialettica. L'odierno svolgimento dell'industria sembra favorire la diffusione di compromessi e lodi, che si vogliono stabilire dalle parti come vincolativi dei loro rapporti, non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi. Sono essi validi o nulli? Il criterio ordinario e apparentemente irrefutabile seguìto nella nostra giurisprudenza si può riassumere così: Vi ha compromesso e occorrono le forme e le norme del compromesso (art. 8-34 del Cod. proc. civ.), quando vi ha controversia, quando si tratti di decidere chi ha torto e chi la ragione; che se invece si tratti di rimettere all'arbitrio del terzo il determinare momenti o modalità di una convenzione già stipulata o da stipularsi, allora siamo fuori del compromesso e soccorrono le norme che disciplinano l'arbitrio del terzo nei negozi giuridici in generale, *arbitrium*

(*) Dalla *Riv. del dir. comm.*, III, 1905, II, pag. 45 e seg. È una nota alla sentenza della Corte di cass. di Torino, 27 dicembre 1904; il titolo completo della nota era: « Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti, ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi ». La massima della sentenza nella *Riv. del diritto comm.*, l. c., è la seguente: « È valida l'obbligazione assunta fra due o più industriali di deferire le loro controversie a terzi e di accettarne ed eseguirne le statuizioni.

« Una tale obbligazione non dà luogo ad un giudizio arbitrale e non è perciò sottoposta alle regole del compromesso.

« La parte che si rifiuta di ottemperare alla statuizione del terzo è responsabile di inadempimento contrattuale ».

merum o *arbitrium boni viri.* Nel primo caso l'arbitro deve profferire un giudizio, emanare una decisione, una sentenza, il che significa esercitare una funzione eminentemente statuale e pubblica, tanto pubblica che non fa mestieri nemmeno di questo epiteto per qualificare la giurisdizione, come può invece tornare in acconcio per distinguere l'amministrazione dello Stato da quella dei privati; nel secondo caso l'arbitro deve fissare i termini e le clausole contrattuali, egli deve, se m'è lecito così esprimermi, riempire con un tratto di penna i vuoti lasciati dalle parti nella formula del negozio o soggiungere delle clausole circa le modalità dell'esecuzione.

Analizzata dappresso, questa distinzione intorbida e non dirime le questioni. Come in pratica segnare il confine tra l'incertezza, lo stato di attesa e di passività rispetto alla decisione del terzo e la pacifica divergenza o anche la netta controversia e opposizione di vedute? Se in entrambi i casi di comune accordo le parti si rimettono all'avviso di un terzo, eletto pure di comune accordo, ciò non attenua per lo meno, non oscura la controversia, quando pure sia scoppiata? Dal punto di vista logico la determinazione del terzo non è sempre un giudizio? Il suo pronunciato non è una sentenza? Che la giurisdizione sia una funzione propria dello Stato, nessun dubbio; ma la funzione logica del giudizio, la sentenza nel senso generico in cui adoperavano i Romani questa parola ed enfaticamente la usiamo anche noi, di avviso o pronunciato, dove è mai funzione esclusiva dello Stato? Nemmeno nella Russia ortodossa.

La specie e la decisione della Suprema Corte di Torino ci illumina sulla via da seguire. Il criterio discretivo non vuole esser cercato in quella distinzione formale, scolastica, accademica, ma non sostanziale, non logica, non pratica sovrattutto: non può esser riposto nella formulazione del quesito e nell'operazione dell'arbitro, bensì nel valore attribuito alla pronunzia, nella sua efficacia: momento altrettanto semplice, quanto dirimente e sicuro. La giurisdizione

non è funzione di Stato, o meglio non è giurisdizione, se non nel suo pregno senso, giustizia munita della bilancia e della spada. Il giudizio vuole esser imperativo, la sentenza esecutiva. Se di questi caratteri si spoglia il pronunciato, non abbiamo nè giudizio nè sentenza nel senso del diritto pubblico. Le restrizioni, le forme, le garentie giudiziarie, sono al loro posto solo allorchè la pronuncia debba aver forza di giudicato: fuori di questa ipotesi non solo esse non occorrono, ma sono fuori di proposito. Dev'essere depositato nell'ufficio della cancelleria il lodo di cui nessuno immagina di chiedere l'esecutorietà?

Un rapporto non deve, a causa della designazione usata dalle parti, esser valutato e compreso alla stregua di un altro rapporto per cui questa designazione è divenuta tecnica in un dato sistema legislativo: se questo è vero in ogni caso, tanto più è vero allorchè la designazione usata dalle parti corrisponde alla categoria generica del rapporto, corrisponde alla sua genesi storica, e invece l'istituto legislativo è una categoria positiva e arbitraria. Il compromesso ordinato dal nostro Codice di procedura civile è un istituto giurisdizionale, sia pur sussidiario e complementare; l'arbitro non è tanto un rappresentante delle parti, quanto dello Stato, un privato momentaneamente in veste ufficiale: il lodo arbitrale ha il nome e la forza di una sentenza del magistrato: ma perchè il nostro legislatore si è compiaciuto di ordinare un simile istituto nel nostro diritto pubblico si deve ritenere che egli abbia voluto restringere la facoltà di regolare *ad libitum*, nei limiti fatti leciti dal diritto delle obbligazioni, i proprî rapporti alla stregua della volontà di un terzo? Per aver ampliato la giurisdizione, si deve presumere che egli abbia inteso restringere il campo delle convenzioni? Il compromesso privato, l'arbitrato civile, che non aspira agli effetti giurisdizionali del Codice di procedura civile, si deve intendere soppresso nel nostro sistema legislativo? Sarà chiaro che ciò non si può dedurre dall'ordinamento del compromesso giurisdizionale: il Codice di procedura

civile non può infrangere il Codice civile: e, ammesso pure un momento per assurdo che giurisdizione e convenzione si possano considerare come termini omogenei, come sfere concentriche, l'una più ampia, l'altra più ristretta, non è davvero logico trasportare i requisiti e i limiti della più ampia ed esorbitante efficacia alla più limitata. Dato pure dunque che si possa — il che a principio abbiamo mostrato come non sia possibile — separare nettamente l'arbitro che giudica un rapporto controverso e l'arbitro che integra o amplia un rapporto pacifico, i motivi, onde il primo dovrebbe esser vietato, non possono essere ricercati in quelle disposizioni positive del Codice di procedura civile, essi debbono derivare da considerazioni di ordine più generale. Non è dato sostenere la nullità di un simile compromesso per gli effetti convenzionali se non dal punto di vista generale dell'ordine pubblico o nel sistema dei giudizi o nel sistema dei contratti.

Si può dire in primo luogo: concediamo pure che la giurisdizione nel suo pregno senso non si possa scindere dall'impero giurisdizionale e dalla forza esecutiva dei giudicati; il vero è, ad ogni modo, che la funzione del giudicare nel senso di emettere un pronunciato che obbliga, il definire un rapporto controverso con efficacia se non esecutiva, certo vincolativa, è cosa che trascende i limiti dell'autonomia privata. L'esercizio della più eminente funzione di Stato non può esser ridotto a porre il visto su quanto per avventura una donna, un minore, un interdetto hanno deciso. Il legislatore fa divieto di compromettere in un arbitro con tutte le forme e garantie questioni, ad esempio, di stato, di separazione tra coniugi. Si potranno ora sottoporre esse ad un simile arbitro libero con una efficacia che in ultima analisi quasi *in fraudem legis* viene ad esser la stessa?

Noi dobbiamo sfrondare di queste considerazioni impressionanti l'argomento essenziale; poichè non si tratta di costituire una attività arbitrale illimitata, ma di trasportare il problema in un altro campo, dove potrà avere i suoi

limiti, per avventura in parte più gravi. Il punto essenziale è se il definire una controversia con efficacia vincolativa, il portarla avanti ai tribunali pregiudicata e compromessa nel senso giuridico e nel senso volgare della parola, sia violare i diritti dello Stato. Ora di questa preoccupazione giova spogliarsi. Vero, lo Stato vuole la pace, non la guerra tra i suoi cittadini, vuole la giustizia, non la sopraffazione. Tale è il fondamento della giurisdizione: prevale il primo motivo, che si può dire il motivo genetico, nell'epoca primitiva; prevale il secondo, il senso della giustizia, nelle epoche progredite. In un modo o nell'altro è il farsi giustizia da sè, è l'oppressione del debole sopraffatto che lo Stato intende combattere.

Quello che si avrebbe invece gran torto di ritenere è che lo Stato voglia portata avanti a sè, ai suoi organi, qualunque divergenza giuridica in cui non sia interessato che il singolo. Non solo ciò oltrepassa smisuratamente le forze dello Stato, che è una organizzazione umana, non una potenza divina, ma non è conforme ai suoi fini. Lo Stato abborre precisamente dalla giustizia privata nel senso della esecuzione, ma la promuove, la desidera nel senso della conciliazione, dell'eliminazione delle controversie: se le parti si accordano, nulla di meglio, anche se per avventura l'una di esse rinuncia alla sua pretesa giuridica integrale. Circondata di solenni formalità era ogni convenzione nel diritto classico di Roma: un solo tipo ne era assolutamente scevro, l'accordo fra le parti per eliminare la controversia, rinunciando il creditore in tutto o in parte alla sua pretesa, il *pactum* o la *pactio*, il far la pace d'amore e d'accordo (Cfr. Manenti, *Teoria dei pacta*, negli *Studi senesi*, 1891). « Pacta conventa servabo », dice il Pretore, per l'appunto riferendosi a queste convenzioni; la qual dichiarazione sarebbe abbastanza banale e nel diritto romano assolutamente errata, qualora la si riferisse alle convenzioni in generale. Certo, appunto perchè l'ordine pubblico non deve esser leso, il Pretore soggiunge: « quae neque dolo malo,

neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt ». Ma queste restrizioni non fanno che circoscrivere il campo della controversia all'ordine privato.

E appunto il compromesso nel sistema romano non è che un *pactum*. L'uso era di aggiungere a questo patto una stipulazione penale a carico della parte che non volesse *stare sententiae*. Ma, anche non fissata la penale, era accordata sempre l'azione contro il recalcitrante per indurre nelle vie giudiziali il rispetto del lodo arbitrale; così è detto nella L. 27, §7, D. *de receptis*, 4, 8: «Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententiae stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio ».

Ignoto era piuttosto il nostro compromesso giurisdizionale, perchè nel sistema dei giudizi romani non avrebbe quasi rappresentato una concessione. Si vuol ritenere che il nostro compromesso abbia surrogato e cancellato il compromesso romano? È manifesto che trattandosi, come dicemmo, di due istituti, i cui effetti ci trasportano in due territorî così diversi del sistema giuridico, l'ordine dei giudizi e la libertà delle convenzioni, l'equivoco sarebbe assai più grave di quello in cui troppo di frequente è incorsa la nostra giurisprudenza col trasportare alla promessa di vendere, l'*emptio venditio* romana, con puro effetto obbligatorio, le formalità in ordine agli immobili della nostra compravendita con effetto reale.

Avrà ostacolo nel sistema contrattuale un simile compromesso?

Qui siamo rinviati al concetto generale dell'*arbitrium* del terzo, poichè il compromesso in questo senso rientra nel novero degli arbitrî, come lucidamente insegna Proculo nella L. 76-78, D. *pro socio*, 17, 2, facendo la distinzione tra l'*arbitrium boni viri* e l'*arbitrium merum* e richiamando sotto quest'ultima categoria l'*arbitrium ex compromisso*, in quanto ad esso si deve stare *sive aequum sit, sive iniquum*, nè può esser corretto dal giudice.

Senonchè la remissione all'arbitro sarà, se pur si vuole, tema di dubbi, allorchè si tratti di rimettere al terzo la determinazione di un requisito essenziale del negozio, com'è circa il prezzo nella compra-vendita (art. 1454 Cod. civ.). Com'è noto, questo punto era controverso in diritto romano tra le due scuole: l'una, la sabiniana o cassiana (o almeno Cassio) negava, l'altra riconosceva la validità del patto o del negozio, teoria in sostanza accolta da Giustiniano. La tesi più attendibile è che, salvo specifiche eccezioni, si tratti di un principio generale (cfr. in proposito: *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico* di Mario Ricca-Barberis, nell'*Archiv. giurid.*, vol. XI, 1903, pag. 60 e seguenti).

Ma non è punto argomento di dubbi la validità della remissione all'arbitrio di un terzo, allorchè si tratti di clausole accessorie, di modalità nell'esecuzione di un negozio; non fu mai dubbia, nel diritto romano, la validità del compromesso con puro effetto obbligatorio. E dovrebbe esser dubbia la cosa per la prima volta nel nostro diritto, in cui l'introduzione e la generalizzazione della rappresentanza ha portato l'impero di questo concetto, il rimettersi alla volontà di un terzo, a confini così remoti dal sistema contrattuale romano?

Un problema si potrebbe affacciare: sarà lecita la conversione di un lodo giurisdizionale nullo in un lodo convenzionale? A noi sembra più che dubbia l'affermativa, poichè la volontà dei contraenti diretta ad un giudizio esecutivo difficilmente si potrà ritenere che implichi la volontà diretta ad un contratto (cfr. L. 8, D. *de acceptilat.*, 46, 4, e Satta, *La conversione dei negozi giuridici*, specialmente pag. 72, Milano 1903). Ma il problema trascende il nostro proposito.

Noi possiamo con animo tranquillo cedere alle nuove tendenze. Sgombrare le aule della giustizia, affidare le ragioni industriali, in cui cresce ogni giorno il tecnicismo, al giudizio di esperti, vincolandosi le parti a rispettarlo, eli-

minare le lentezze ed il dispendio del procedimento giudiziario, sono vantaggi cui non giova rinunciare proprio ai nostri giorni, facendo un salto indietro dal classico diritto di Roma. In questo senso è anche la più autorevole e recentissima dottrina (cfr. MORTARA, *Commento al Codice di procedura civile*, vol. III, n. 36, 50 e 64).

XXI.

I giuochi di borsa e l'entrata del commissionario nel contratto (*).

L'entrata del commissionario nel contratto permessa dall'art. 386 Cod. comm. ha generato in combinazione con la legge 13 settembre 1876, che prescrive l'uso dei foglietti bollati per gli affari di borsa, un curioso *ius receptum* nella nostra giurisprudenza. Al commissionario che, valendosi della facoltà accordata dall'art. 386, ha fornito egli stesso o, viceversa, ha ritenuto per sè i titoli e le merci che era incaricato di comperare o di vendere, non si potrebbe opporre dal committente la nullità della vendita per difetto dei foglietti bollati, perchè (così ragiona la nostra giurisprudenza) il rapporto tra committente e commissionario non si è alterato per l'uso che egli abbia fatto di quella facoltà, il suo diritto alla provvigione dimostra che il mandato non si è estinto per dar luogo alla vendita, l'azione che egli intenta è sempre un'*actio mandati contraria.*

A lume di logica una cosiffatta decisione non regge e il ragionamento è in parte errato, in parte inconcludente.

(*) Dalla *Riv. del dir. comm.*, III, 1905, pag. 356 e seg. È una nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano, 4 aprile 1905. La massima della sentenza nella *Riv. del dir. comm.*, l. c., è la seguente: « L'art. 4 della legge 13 settembre 1876 è di indole eccezionale, proibitiva, e, come tale, non è suscettibile di interpretazione analogica.

« Per conseguenza, e nel caso concreto, essa (la legge), come non è applicabile quando si tratti di commissione, così al commissionario di contratti differenziali non si può opporre il difetto dei fogli bollati voluti dalla legge predetta, e quand'anche il commissionario abbia fornito egli stesso al committente i titoli da negoziare, a sensi dell'art. 386 del cod. di commercio ».

La nostra giurisprudenza sopprime semplicemente la vendita nei rapporti tra commissionario e committente. Pure una sola voce, che io sappia, si è levata energicamente nella dottrina contro questa giurisprudenza (Cfr. Sraffa, *Rivista del dir. comm.*, vol. I, p. II, pag. 22).

La questione si riconnette al tema travagliato del contratto con se stesso, il così detto *Selbstcontrahiren* dei tedeschi, di cui l'esempio del commissionario che vende al committente le proprie merci, o acquista per sè le merci del committente, è la figura tipica. Il problema preliminare nella teoria romanistica e nel diritto odierno è sul riconoscimento giuridico del contratto con se medesimo. In breve riassunte, le opinioni fondamentali (a prescindere dalla distinzione secondaria tra rappresentanza diretta ed indiretta) sono o pel riconoscimento generale del contratto con sè medesimo, salvo eccezioni, come quelle stabilite dall'articolo 1457 Cod. civ., o per la sua negativa egualmente generale in linea di principio, salvo eccezioni, come sarebbe quella stabilita dall'art. 386 del Cod. di comm. I motivi economici e giuridici si mescolano, e, a dire il vero, con qualche equivoco, nella discussione. Il motivo economico per cui si rifiuta la sanzione al contratto con se medesimo è l'opposizione di interessi tra i due contraenti, opposizione che permette financo il *naturaliter sese circumvenire*, e pone il mandatario il quale contratta con se stesso in nome del mandante in un conflitto pericoloso tra il dovere e l'interesse. Senonchè il motivo economico potrebb'essere per la dottrina favorevole il fondamento delle eccezioni al riconoscimento. In generale, dove il legislatore non ha creduto di provvedere con una sanzione di nullità, il contratto, si dice, è valido, purchè il mandatario non abbia mancato ai doveri che in grado eminente gli impone la buona fede; una delle applicazioni più evidenti sarebbe appunto il caso dei titoli di credito, delle merci aventi un prezzo di borsa o di mercato. Decidere dove sia la regola, dove l'eccezione, quale sia pertanto il principio da estendere ed applicare

nelle specie non contemplate dalla legge positiva è dato solo tenendo presenti gli elementi giuridici più che il sostrato economico; è il motivo giuridico che dà il peso. La battaglia essenziale è sulla natura del contratto, sulla necessità dell'accordo di due volontà, della relazione di due patrimonî. La dottrina favorevole non ha ostacolo nell'ammettere il contratto, perchè il mandatario rappresenta la volontà del mandante, è autorizzato a mettere in relazione il suo patrimonio e quello del mandante. La dottrina contraria dichiara una finzione impossibile queste due volontà di cui è organo una stessa persona: il contratto con se medesimo è un assurdo giuridico.

Pel nostro tema la soluzione del problema preliminare non ha interesse decisivo. L'art. 386 riconosce la possibilità del rapporto in una sfera in cui la legge presume che l'opposizione di interessi non possa sorgere e, sia norma regolare od anomala, il disposto dell'articolo è ad ogni modo diritto positivo; il problema che si affaccia è la costruzione di questo rapporto. Ora anzitutto tra le numerose teorie escogitate in Germania ove il contratto del commissionario con se medesimo, già penetrato nell'antica vita commerciale italiana, ebbe la sua più antica e ricca elaborazione scientifica, non ve n'ha alcuna che sopprima la compra-vendita. Vi ha invece una schiera di teorie che sopprime precisamente il mandato, vale a dire che ritiene sostituita la compra-vendita al mandato, con l'entrata del commissionario nel contratto, immaginando nel rapporto complessivo o due obbligazioni alternative, l'una di commissione, l'altra di vendita, o una compra-vendita eventuale, o due obbligazioni condizionali. Dall'altra parte il Grünhut ritiene che l'entrata del commissionario nel contratto non valga l'abolizione del mandato; se non che al mandato si aggiunge la compra-vendita conchiusa dal commissionario con se stesso. La teoria prevalente, la quale ottenne una specie di sanzione legislativa nel § 400, al. 1°, del nuovo Codice di commercio germanico del 1897, è quella del Van

Hahn e del Goldschmidt, che considera l'entrata del commissionario nel contratto quale un modo di esecuzione della commissione; la commissione continuerebbe a sussistere, ma senza ricorrere al contratto del commissionario con se stesso; il contratto di vendita sorgerebbe senz'altro tra il committente ed il commissionario.

Non giova entrare nel ginepraio delle dottrine in conflitto; ma poichè si può giungere, come fa la nostra giurisprudenza, sino a negare assolutamente l'esistenza di un contratto di vendita ed attribuire alla commissione effetti esorbitanti dalla sua natura, ci giova chiarire il momento preponderante del contratto, che determina altresì il criterio differenziale e i limiti delle singole figure contrattuali.

Non ha poco turbato la trattazione della dottrina del contratto con se medesimo il punto di partenza unilaterale ed esegeticamente errato della pretesa definizione romana del contratto basata sull'accordo di due o più volontà: « *pactio est duorum vel plurium in idem placitum et consensus* ». Ora questo celebre dettato, che si ha nella L. 1, § 2, D. *de pactis*, 2, 14, non è punto dato dai Romani come definizione del *contractus*, bensì come definizione della *pactio* o *conventio*, dell'*accordo*, che è un elemento del contratto; elemento peraltro, diciamolo pure, tanto poco preminente che il rilievo ad esso dato fu una novità della giurisprudenza. Basterebbe a dimostrarlo il seguito di questo frammento: § 3: « Adeo autem conventionis nomen generale « est, ut eleganter dicat Pedius *nullum esse contractum*, « *nullam obligationem*, *quae non habeat in se conventionem*, « sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio quae verbis fit, « *nisi habeat consensum*, nulla est ».

Una definizione del *contractus* i Romani non la dànno; si potrebbe dire che ciò sia perchè essi riconoscono singole figure contrattuali, ma non sarebbe risposta adeguata, giacchè anche dalle singole determinate figure si poteva ben risalire ad un'astrazione sulla base degli elementi comuni. Ma gli elementi del *contractus* essi li hanno rile-

vati con tale precisione che non manca se non riassumerli in un concetto unitario. Se nella legge citata il giurista Pedio dà rilievo all'accordo di volontà, nella L. 7, § 2, Aristone e Mauriciano rilevano l'altro elemento che è il rapporto obbiettivo, la *causa*, dicono i Romani: « sed et « si in alium contractum res non transeat, subsit tamen « causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. « ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid « facias; hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obliga- « tionem. et ideo puto recte Julianum a Mauriciano repre- « hensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manu- « mittas; manumisisti; evictus est Stichus. Julianus scribit « in factum actionem a praetore dandam; ille ait civilem « incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere; esse « enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec « nascitur actio ».

A parte le interpolazioni di questo testo, certo un punto esso lumeggia, che il peso e il significato del contratto è per l'appunto nel rapporto obbiettivo, nella relazione sociale o economica che esso viene a stabilire tra le due parti. *Contractus* etimologicamente non significa punto l'accordo, e tanto è ancor lontano nell'uso antico da questo significato che può essere adoperato nel senso generico di obbligazione anche non convenzionale; come è, ad es., nella L. 20, D., 5, 1: « Omnem obligationem *pro contractu* habendam « existimandum est, ut, ubicumque aliquis obligetur, et « *contrahi* videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur » — nella L. 15, D., 3, 5: « Sed et cum aliquis negotia mea « gerat, non multa negotia sunt, sed *unus contractus* » — nella L. 3, § 3, D., 42, 4: « Etenim videtur impubes *con-* « *trahere*, cum adiit hereditatem » — L. 4 *eod.*: « Sed et is, qui « miscuit se *contrahere* videtur », nonchè nella celebre L. 23, D., 50, 17. Certo il concetto nella definitiva elaborazione del diritto romano e nel diritto odierno si può intendere limitato alle convenzioni obbligatorie, ma non bisognava dimenticare che l'elemento fondamentale del contratto è il

rapporto economico-sociale, la *causa*. Non solamente è questo il criterio differenziale dei singoli contratti, la base della denominazione specifica, ma tanto in esso s'incarna il contratto che nello stesso diritto odierno la volontà può scomparire, e nondimeno la denominazione permane. Così noi abbiamo vendite forzose e pegni legali. Alcune volte in qualche specie isolata la volontà scompare o quasi, e nondimeno in via singolare, *utilitatis causa*, si riconosce il mutuo, si riconosce la compra-vendita, almeno in alcuni suoi effetti (sono i casi *si a furioso emero*, *si a pupilla emero*, etc.), e non di rado in simili casi l'effetto della vendita ha per condizione il pagamento del prezzo, giacchè si vuole che l'elemento obbiettivo esista intiero (Cfr. *Frammenti Vaticani*, 1); potremmo anche soggiungere le specie in cui la volontà dell'una delle parti si attenua sino al silenzio. Altre volte le figure in cui la volontà scompare hanno assunto una struttura e una denominazione specifica come la gestione di affari accanto al mandato, la comunione accanto alla società. È la categoria dei così detti quasi-contratti, in cui di nuovo la teoria della volontà ha indotto in errore, supponendo il nome di quasi-contratto spuntato per una finzione di volontà che non esiste punto nelle fonti romane, mentre esso deriva dall'analogia obbiettiva, economica col mandato, con la società, ecc.: del resto i nomi stessi di *procurator*, *socius* sono promiscuamente usati nel contratto e nel quasi-contratto.

Ora anche nella specie che ci occupa noi dobbiamo lasciar da banda ogni discussione sulla volontà, sulla possibilità di un accordo delle due volontà. Quel che è certo si è che abbiamo tra committente e commissionario costituito, qualora il commissionario faccia uso della facoltà che gli accorda l'art. 386, il rapporto economico della compravendita, lo scambio di merce con moneta; l'esistenza della volontà è più che dubbia, o almeno del consenso, della *conventio*, perchè si potrà ben ritrovare quella volontà unilaterale che vi ha nella gestione di affari. Ma, come il diritto

è libero di costituire una figura nuova di obbligazione sino *ab initio* extra-contrattuale, così è libero nei tipi di cause contrattuali di prescindere dalla volontà, riconoscendo gli effetti e l'azione stessa del contratto.

Concepire lo scambio di merce con moneta e il passaggio della proprietà quale un effetto del mandato è due volte assurdo, perchè vi manca non soltanto davvero la volontà, che tra mandante e mandatario non può avere questo contenuto, ma vi manca la base economica che non rappresenta nel mandato questa funzione di scambio. Concepire il rapporto come compra-vendita è invece inevitabile, perchè, fin tanto che non si è creata una figura autonoma di quasi-contratto con effetti analoghi, è la denominazione e la figura del contratto con effetti identici che si può richiamare dalla dottrina.

Dirà la dottrina che si tratta di un *ius singulare*, ma, data la sanzione positiva, non potrà rifiutarsi di riassumere il rapporto sotto la sua categoria prossima, prescindendo più o meno dal requisito della volontà. Ma nel caso nostro vi ha di più, che il legislatore stesso ha serbato (e come poteva altrimenti?) la denominazione della compra-vendita; è la compra-vendita del procuratore che il legislatore vieta nell'art. 1457 Cod. civ., è la compra-vendita del commissionario per se stesso che il legislatore permette nell'art. 386 Cod. comm. I precetti, gli effetti della compra-vendita debbono (nessuno lo negherà certamente) essere estesi a questo rapporto: perchè non vi debbono essere estese le prescrizioni formali? Sarà, se vuolsi, una compra-vendita legale: denominazione inusata, ma non più assurda del pegno legale e simili.

Una sola obbiezione potrebbe farsi: che la legge 13 settembre 1876 abbia di mira precisamente la volontà. Ma basta enunciare un simile pensiero per comprenderne tutto l'assurdo: la legge aveva di mira di disciplinare, vigilare, tassare lo scambio di titoli con moneta negli affari di borsa, e non già di solennizzare con la cerimonia dei foglietti

bollati la manifestazione dell'accordo delle due volontà. Il mandato adunque esiste, ma esiste accanto ad esso anche la compra-vendita, o per lo meno ne esiste il rapporto obbiettivo, che è il momento in cui si incarna la compra-vendita, il momento preso di mira dal legislatore commerciale e dal legislatore fiscale.

Dice la sentenza che la mancanza dei foglietti bollati prescritti dalla legge 13 settembre 1876 non potrebbe essere invocata « se non contro l'azione che direttamente sgorga da quel contratto che si è voluto con detta legge disciplinare e colpire di tassa ». Ma ciò si fonda sul presupposto che una compra-vendita da stipulare mediante l'uso dei foglietti bollati non vi sia in realtà; fallito il presupposto, al mandatario si può sempre opporre l'inesecuzione del mandato, che era diretto alla conclusione della compra-vendita, sia che abbia mancato alle forme legali nei rapporti coi terzi, il che non si nega, sia che vi abbia mancato nel comprar lui stesso o nel vendere a se stesso.

La teoria, in cui oramai sembra riposare la scienza, dopo tanto travaglio in tema di contratto del commissionario con se stesso (cfr. in Italia: Sraffa, *Mandato e commissione*, n. 39), è oramai l'ultimo portato della scienza germanica, che considera l'entrata del commissionario nel contratto come un modo dalla legge permesso di esecuzione dell'incarico ricevuto, la scelta del quale fa sì che il contratto di vendita sorga direttamente tra il committente e il commissionario.

Questa teoria mi sembra, per vero, un portato di stanchezza; è giusta, ma forse incompleta. Riconosce il contratto di compra-vendita nei rapporti diretti tra committente e commissionario, escludendo il contratto con se stesso, ma in ciò segue il legislatore, nè dice come il contratto sorga (considerazioni analoghe fa il Morel, *Du commissionaire contrepartiste*, Paris 1904, pag. 210 e seg.). Ad ogni modo questo è nettamente dichiarato, che l'esecuzione del mandato esige la conclusione di una compra-vendita valida. Noi

non ci facciamo illusione che questa compra-vendita sia effettivamente un contratto nel senso tipico della convenzione, ma è certo un negozio riconosciuto dalla legge e riassunto da essa sotto la stessa disciplina, almeno fin dove non entra in campo il consenso, e la legge del 1876 non riguarda il consenso.

D'altra parte, che negare l'esistenza della compra-vendita nella specie in questione sia una frode fatta alla legge fiscale è evidente e dalla sentenza stessa riconosciuto. La sentenza dice: fate una nuova legge più perfetta; il magistrato non può dare ad una disposizione fiscale un'estensione maggiore di quella che il suo testo richiede e l'indole sua consente.

Io non mi indugio su questa lontana eco della massima *in dubiis contra fiscum*, sintesi fallace di un principio ben diverso espresso dal giurista romano: *non puto* DELINQUERE *eum qui in dubiis contra fiscum facile responderit.* Per quel che concerne la frode alla legge sono anche di opinione che il giurista non possa reprimere *tutte* le frodi alla legge senza usurpare il campo del legislatore; ma qui siamo appunto nell'àmbito di quelle frodi, che la giurisprudenza può reprimere. Non trattasi di modificare, ampliare, perfezionare il dettato della legge per ricomprendervi un caso che da essa è escluso: trattasi di non escludere, dando al mandato un'estensione incompatibile con l'essenza del negozio, un rapporto che rappresenta la tipica figura di scambio, la quale universalmente costituisce la compra-vendita. Il così detto contratto del commissionario con se stesso sarà ben un assurdo giuridico, ma il negozio nuovo distinto dal mandato che sorge tra lui e il committente non è punto un assurdo, è un fatto, e un fatto a cui la legge dà la sanzione di un rapporto giuridico e riconosce la denominazione e la figura di una compra-vendita.

POSTILLA. — Per le considerazioni sul *contractus* v. gli studî appositi che precedono in questo volume (V, VI, VII).

XXII.

Il concetto di atto di amministrazione e il contratto di assicurazione da parte dell'inabilitato (*).

La specie nelle due opposte soluzioni, del Tribunale e della Corte, sembra rappresentare il classico conflitto tra l'*aequitas* e il *ius:* quel conflitto che nelle fonti giuridiche romane noi vediamo caso per caso risoluto ora dall'intervento legislativo, ora dal lavorìo logico della giurisprudenza, e nelle opere retoriche di Cicerone ci appare invece in tutta la fierezza drammatica di due oratori in contrasto: *ius Crassus urguebat, aequitatem Antonius.* Che il contratto di assicurazione sulla vita sia un atto eccedente la semplice amministrazione, come intendeva il Tribunale, pare appena si possa dubitarne: e nel vol. I di questa *Rivista* (p. II, pag. 155) la breve nota alla sentenza del Tribunale si apre appunto con le parole: come dubitarne? Il Vivante (*Contratto di assicurazione*, vol. III, n. 84) con la sua consueta scultoria lucidità rileva come il contratto d'assicurazione sulla vita per lo scopo suo, pel suo carattere non possa esser mai un atto di semplice amministrazione e debba quindi esser vietato agli inabilitati.

(*) Dalla *Riv. del dir. comm.*, III, 1905, II, pag. 489 e seg. È una nota alla sentenza della Corte d'appello di Firenze, 11 marzo 1905. La massima della sentenza nella *Riv. del dir. comm.*, l. c., è la seguente: « Il contratto di assicurazione sulla vita intera ed il successivo cambiamento del beneficiario della polizza sono validamente stipulati dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore, quando risulti che al pagamento dei premi egli provvide colle rendite di cui da solo poteva disporre ».

Ma d'altra parte il far ricadere nel nulla il contratto di assicurazione stipulato dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore, e peggio il farlo profittare contro la volontà del defunto ai suoi eredi, anzichè al beneficiario designato, come il Tribunale statuiva, non è soluzione conforme ad un ideale di giustizia. La Corte, se ha violato il *ius*, pare avere deciso conforme all'*aequitas*.

Io credo peraltro che la Corte abbia deciso bene e ragionato men bene, come il Tribunale aveva, a mio avviso, ragionato bene e deciso male; l'una e l'altro per vedere solo un lato della questione e contemplare soltanto la specie proposta.

Il ragionamento degli egregi magistrati si impernia tutto sugli atti di amministrazione e da questi conviene anche a noi prender le mosse.

Sul concetto e sui limiti degli atti di amministrazione o di semplice, ordinaria amministrazione regna grave incertezza. Lo dimostra, in un suo recente scritto, un valente giovane civilista, F. Ferrara (v. lo studio *Gli atti di amministrazione*, nel *Filangieri*, 1903), passando in rassegna la dottrina; e l'autore stesso mi sembra troppo sicuro del valore concettuale di questa formula e troppo portato ad unificare, fissare, irrigidire, alfine di foggiare sulla base precipua dell'amministrazione tutoria e dell'art. 296 Codice civile un tipo di ordinaria amministrazione, cui il Codice ora detrae, ora aggiunge espressamente. È atto eccedente la semplice amministrazione, secondo il Ferrara, l'alienazione dei mobili: pure, osservo, essa è ricompresa nella gestione tenuta dall'immesso temporaneo nei beni dell'assente, il quale è bensì ristretto all'amministrazione o semplice amministrazione (art. 28, 29), ma in via esemplificativa gli è vietato non di alienare i beni, in generale, o i beni immobili e mobili, ma solo i beni immobili.

È atto eccedente l'amministrazione l'accettazione di eredità o donazioni o legati modali e condizionali; pure non solo l'accettare eredità è espressamente fatto lecito al

padre (il che si concilia con la tesi del Ferrara, in quanto, si dirà, all'ordinaria amministrazione del padre la legge ha soggiunto questa facoltà eccedente), ma questa norma non mi pare da restringere all'eredità soltanto, la quale propriamente non si rileva se non per la cautela imposta al padre di accettarla con beneficio di inventario. L'amministrazione semplice è ristretta, secondo il Ferrara (pag. 36, op. cit.), in ordine allo stare in giudizio, alle azioni possessorie, ai giudizi sulle rendite e simili: ma anche senza espressa menzione di nessun genere non è certo entro questi limiti che si può intender ristretta la facoltà del padre di promuovere azioni.

D'altro lato la categoria è in parte artificiale e positiva, il che rende sterile un eccessivo lavorìo di astrazione: la locazione ultra-novennale, ad es., non è un atto di amministrazione, perchè l'art. 1572 Cod. civ. espressamente la vieta « a coloro i quali non possono compiere se non gli atti di semplice amministrazione ».

E tuttavia, se il concetto oscilla, se è forse variabile da tipo a tipo concreto, esso oscilla entro certi confini, gira, per così dire, intorno ad un'idea che ne rappresenta il centro. L'idea è lo scopo della conservazione del patrimonio nel suo stato attuale. Si potrà dubitare se certi atti debbano essere leciti per lo scopo di conservazione, perchè, se da un lato il conservare puramente equivale ad isterilire le fonti della ricchezza, come in altro campo significa restare indietro con la norma e l'azione pubblica alle funzioni sociali, dall'altro lato la sicurezza (e anche una sicurezza sempre relativa) non si ottiene se non a prezzo di sacrifici e di perdite; ma di altri atti non v'ha dubbio che vanno contro il fine della conservazione. Passando agli esempi, ben si potrebbe ritenere che il promuovere azione in giudizio non sia còmpito straniero alla pura e semplice amministrazione: che una locazione per 10, per 15 anni, non ecceda lo scopo di conservazione del patrimonio (un termine ragionevole, ad esempio, sarebbe il termine presun-

tivo dell'amministrazione); che la riscossione, anche dei capitali, non sia che un puro atto di amministrazione. Ma certo alienare oggetti che non abbiano, come i frutti, questa destinazione normale di dover esser alienati, è atto non conservativo: i Romani chiamano più spesso l'alienazione, parlando delle facoltà dell'amministratore, con frase caratteristica *deminutio*. E se la tendenza del legislatore è tanto più restrittiva rispetto al concetto che noi potremmo in astratto costruire di una gestione conservativa tipica, in guisa da escluderne in ogni caso le riscossioni e le locazioni ultra-novennali, come potremmo ritenere un atto di gestione conservativa il contratto di assicurazione sulla vita, così totalmente estraneo, a parte il suo carattere aleatorio, ai fini di conservazione del patrimonio, così insidioso eventualmente da indurre in più Stati una protezione legislativa anche pei maggiori e pienamente capaci? (Cfr. Vivante, op. cit., vol. III, n. 108). Che ad esso si possa per avventura soddisfare con le rendite non muta il carattere dell'atto. Nota giustamente il Ferrara (op. cit., pag. 27): « Non basta che un atto si compia nei limiti delle rendite per potersi dire che rientra nella sfera amministrativa. Poichè l'indole degli atti di amministrazione deve desumersi direttamente dall'attività funzionale che essi hanno nel trattamento del patrimonio ».

Lo spirito del nostro Codice è ben poco liberale in genere nel circoscrivere la pura amministrazione; e nel caso particolare dell'inabilitato i due punti fondamentali, l'assimilazione dei prodighi e dei meno gravemente tocchi, e la conclusione finale, nell'elenco degli atti vietati, la quale pone il limite in questione: « nè fare altro atto che ecceda la semplice amministrazione », sono stati interpolati nel corrispondente art. 612 del Cod. civ. franc., e paiono rappresentare l'uno e l'altro un ritorno espresso al diritto romano e al trattamento dei prodighi e dei *mente capti* di fronte ai *furiosi*.

La genesi e i tipi classici di questa categoria della semplice amministrazione non conducono a diversa illazione.

L'amministrazione o l'atto di amministrazione, nel senso odierno della gestione puramente conservativa, sono termini propriamente stranieri alle fonti romane. Le parole *gerere*, *administrare* non hanno mai negli antichi giureconsulti questo senso limitato o piuttosto convenzionale, ma rappresentano il concetto economico nella sua piena virtualità, implicano, vale a dire, gli atti di proprietà, di disposizione, la facoltà di alienare. Vi ha di più: leggendo i testi con le preoccupazioni odierne si potrebbe esser portati a distinguere tra l'*administratio* e la *libera administratio:* sarebbe un volgare errore, perchè le due espressioni si scambiano liberamente e sono assolutamente equivalenti. La massa dei testi al proposito è abbondantissima in tutte le varie applicazioni, e la cosa non è dubbia. Questa *administratio* o *libera administratio* con facoltà di alienare, di pignorare, di compiere in generale gli atti che per noi eccedono l'ordinaria amministrazione competeva al tutore, al curatore del furioso, del prodigo e del mentecatto, allo schiavo e al *filiusfamilias* rispetto al peculio loro assegnato (doveva però la *concessio administrationis* o *liberae administrationis* essere esplicitamente dichiarata, nè era punto implicita nella *concessio peculii;* il che è dal Pernice (*Labeo*, I, pag. 124) e dal nostro Trinchieri (*Studi sulla condizione degli schiavi*, pag. 85 e seg.) ritenuto una novità dell'epoca imperiale, tesi che a me par dubbia). Persino l'*administratio* del procuratore implicava certamente la facoltà di alienare (Cfr. Bonfante, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, negli *Studi per Schupfer*, 1898). Di tutti costoro (salvo per ovvie ragioni in ordine al peculio) si dice che sono *vice domini*, *loco dominorum*, *paene domini*.

Ma non era nè poteva essere straniera al diritto classico anche la nostra categoria dell'amministrazione puramente conservativa. Tutti i nuovi *curatores* dell'epoca storica, il *curator ventri* preposto ai beni del nascituro, il *curator ex edicto Carboniano* dell'impubere cui si contesta la qualità di figlio, il curatore dei beni dell'assente e del prigioniero,

il curatore dell'eredità giacente hanno tutti più o meno un'amministrazione puramente conservativa; in ispecie la facoltà di alienare è limitata per la prima volta ai frutti e alle cose deperibili. Ma questa amministrazione conservativa è denominata dai Romani assai espressivamente non *gestio* od *administratio*, bensì *observatio*, *custodia*, *rei servandae causa*.

Netta è in proposito l'antitesi tra l'*administratio* nel senso romano, la vera gestione economica, e la *custodia*, la nostra amministrazione ordinaria, nella L. 48, D., 26, 7: « Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem *plane* (a torto le edizioni correggono *plena*, per influenza incosciente dei concetti in corso oggidì) *rerum administratio*, duobus autem superioribus *sola custodia* et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur ». Non altrimenti che in *deminutio* la terminologia romana era, come si vede, al riguardo viva, precisa, e atta a cansare ogni equivoco.

L'unico limite classico per ciascuna delle sfere indicate della vera *administratio* o *libera administratio* era il divieto delle alienazioni a titolo gratuito, come donazioni o dedicazioni agli Dei (L. 12, D., 27, 10; L. 7 pr., D., 39, 5; aggiungi anche la L. 9, § 4, D., 41, 1; ove l'inciso *ex negotiis* non ha, come io ritenni, altro senso). Questo limite è troppo conforme al concetto economico ed è inoltre interpretato dai giuristi romani con sapiente larghezza, permettendo, per es., non solo i *solemnia munera* o regali d'uso, ma altresì i veri donativi giustificati *ex causa* o *ex persona*, ad es., per sostenere il decoro di un'alta posizione (L. 12, § 3, D., 26, 7; L. 7, §§ 1, 3, D., 39, 5). Potremmo anche soggiungere che lo stesso regime, gli stessi limiti si riscontrano anche nella *gestio* o *administratio* del patrimonio pubblico: il magistrato può alienare anche le terre dello Stato a titolo oneroso, ma « salvo i donativi ospitali o altre elargizioni richieste dalle regole del buon costume e dalle convenienze pubbliche »; non può alienare a titolo gratuito se non *iussu populi*, cioè

per mandato speciale, che suole pure esser conferito non ai magistrati ordinari, ma a funzionari straordinari espressamente incaricati della dedicazione o dell'alienazione (Cfr. Mommsen, *Disegno del diritto pubblico romano*, traduzione it., ediz. Vallardi, pag. 320, 321); e se la facoltà di donare è inerente ai poteri del re ed è attribuita espressamente all'imperatore, è questo uno dei gravi indizi della diversa posizione del re e del principe nello Stato.

Le cose non sono rimaste a questo e furono le restrizioni poste all'*administratio* classica che portarono al nostro concetto dell'ordinaria amministrazione, riavvicinando gli amministratori *loco domini* ai meri custodi dei beni. Salvo, per ragioni troppo ovvie, la gestione dei peculî in mano agli schiavi ed ai figli, tutori, curatori, procuratori non hanno più l'antica libertà nel diritto giustinianeo. L'inizio era stato fatto sullo spirare del diritto classico col divieto ai tutori di alienare i cespiti più preziosi del patrimonio pupillare (fondi rustici e suburbani) senza l'autorizzazione del magistrato: ma il regime furibondo e per taluni eccessi profondamente antieconomico delle limitazioni alla gestione tutelare nel diritto romano ultimo è opera dell'epoca romano-ellenica e di Giustiniano. Che nei testi inseriti nel *Corpus iuris* si conservi tuttavia l'epiteto di *loco domini, vice dominorum* per tutori o curatori è oramai una delle ironie obbiettive non rare della compilazione giustinianea. Nell'antico linguaggio romano tutori, curatori, procuratori, sarebbero oramai meri custodi del patrimonio.

Con questa involuzione delle facoltà del tutore e del curatore si accompagna tuttavia un'evoluzione che ha confuso probabilmente le idee e vietato di scorgere chiaro nel movimento storico, nonchè nel concetto dommatico dell'atto di amministrazione. Vi ha degli atti che il tutore o il curatore non potevano compiere in antico e che possono compiere ora: il tutore non poteva in antico adire l'eredità per il pupillo, compiere una restituzione fedecommissaria o una *optio*, acquistare diritti o crediti in testa al pupillo, obbli-

gare il pupillo. Ma non era il carattere solenne, non era la gravità di simili atti (per es. « l'impossibilità di disgiungere nell'adizione l'acquisto dei beni e dei crediti dalla successione negli obblighi e dall'assunzione degli oneri ereditari »), che arrestava il tutore o il curatore: essi compievano ben atti solenni e gravi nel diritto classico (la *mancipatio*, la *in iure cessio*), alienando i beni dei loro soggetti. La spiegazione è abbastanza ovvia e ad un tempo essa ci rivela il contrappeso di quella libertà d'amministrazione. L'amministratore romano non è un rappresentante: egli può far tutto, o quasi tutto, ma è la sua volontà che egli esprime. I diritti dei terzi sono sempre al sicuro: ma egli acquista per sè e obbliga se stesso. Alla libera volontà rende equilibrio la piena e diretta responsabilità: volontà e responsabilità costituiscono i due fattori che corrono sempre paralleli così nel diritto pubblico come nel diritto privato di Roma (V. Scialoja, *Volontà e responsabilità nei negozi giuridici*, 1885, pag. 23, 24). Quegli atti poi, come l'adizione di un'eredità, in cui non è concepibile che il tutore possa sostituire la sua persona e il suo nome alla persona e al nome del pupillo, egli non li può compiere assolutamente.

Se, anche sotto questo aspetto, nell'epoca romano-ellenica e nel diritto giustinianeo le cose mutarono, siffatta evoluzione, che amplia la gestione con la rappresentanza, non elimina il carattere passivo, conservativo, che oramai fatalmente le facoltà degli amministratori hanno assunto. Il punto degno di nota pel nostro oggetto è che le restrizioni concernono non solamente i capitali dei pupilli, di cui all'uopo si prescrive financo l'impiego determinato, ma anche le rendite: a parte che non sempre si possono riscuotere senza autorizzazione del magistrato, esse divengono, appena riscosse, alla lor volta, un capitale, che si vuole amministrato come gli altri capitali: *cum alia pupillorum vel adultorum aliarumque personarum substantia administrentur* (L. 28, § 5, Cod., 5, 37).

Pertanto la nuova *administratio* del diritto giustinianeo, donde procede storicamente la nostra amministrazione ordinaria, torna quasi ad esser l'antica *observatio* e *custodia*, e non solo esclude qualunque operazione il cui scopo non sia nettamente rivolto alla conservazione, ma, come dicemmo, immola agli interessi della sicurezza anche non poca parte degli atti puramente conservativi.

Parrebbe dunque certo, da tutte le considerazioni che precedono, che il contratto d'assicurazione sulla vita, il quale nemmeno da quel punto di vista astratto, non raggiunto dal Codice, si può stimare un atto di vera conservazione del patrimonio, si debba ritenere, come il Tribunale di Firenze ritenne, un negozio eccedente la semplice amministrazione, e si debba concludere di conseguenza per la soluzione più rigida. Questa non sarebbe, per vero, la decisione del Tribunale, che mantiene il contratto a favore degli eredi. A ragione osserva la Corte — e non si può esprimer meglio il pensiero che ripetendo le sue stesse parole —: « I contratti sono quello che sono, e quali i contraenti li vollero, e non è lecito a chicchessia di travisarne il significato, e molto meno di scinderne il contenuto per cambiarne il fine e modificarne gli effetti ».

Gli eredi potranno, se si vuole, chiedere l'annullamento del contratto e la restituzione dei premi pagati, non l'esecuzione a favor loro, cioè la prestazione del capitale assicurato.

E nondimeno io non credo che saremmo obbligati nella specie presente ad immolare l'*aequitas* allo *strictum ius*, anzi la soluzione logica è più largamente, anche in altri rapporti, conforme all'*aequitas* che non quella della Corte, la quale si è preoccupata solo del rapporto in questione. L'articolo 341 Cod. civ. dispone che « la nullità degli atti fatti da un inabilitato senza l'assistenza del curatore non può esser proposta che dall'inabilitato e dai suoi eredi o aventi causa ». Ora è precisamente di tutta giustizia che l'inabilitato possa opporre questa nullità, il che, secondo la

Corte, la quale stabilisce la validità dell'atto, in quanto non sarebbe eccedente la semplice amministrazione, si dovrebbe negare a lui non meno che ai suoi eredi. Se non che, riconosciuto all'inabilitato il diritto di chiedere l'annullamento del contratto, non è detto sempre che lo stesso diritto debba esser riconosciuto agli eredi.

L'inabilitato non è un estraneo amministratore, bensì un proprietario limitato alle facoltà dell'amministratore rispetto ai suoi capitali.

Le rendite che l'amministratore deve serbare e capitalizzare, l'inabilitato le può spendere, come le può liberamente riscuotere, alla pari di un padre usufruttuario, senza esser all'uopo vincolato alle restrizioni che pur sono imposte al tutore puro amministratore (Cfr. art. 291-294 Cod. civ.). Gli eredi possono ben chiedere l'annullamento delle obbligazioni dell'inabilitato che costituiscano atti eccedenti la semplice amministrazione; ma se l'obbligazione alla morte dell'inabilitato è estinta, se è stata soddisfatta dall'inabilitato mediante erogazione delle rendite (il punto ha importanza, benchè sotto un aspetto diverso da quello che intende la Corte), di che cosa si possono querelare e che cosa possono ripetere?

Essi non subiscono al presente veruna iattura, perchè il patrimonio è intatto e l'obbligazione estinta: il passato non è più loro, perchè l'inabilitato era padrone di disporre delle rendite: l'azione garantita dall'art. 341 cade per mancanza di oggetto e di interesse.

Solo se il capitale è intaccato, gli eredi potranno querelarsi, non già perchè allora soltanto l'atto divenga eccedente la semplice amministrazione, ma perchè allora soltanto il pagamento fatto è ripetibile anche dagli eredi.

Riassumendo: col forzare la categoria dell'atto di amministrazione, che il nostro Codice restringe in limiti oscillanti, arbitrari, se si vuole, ma persino più angusti di quelli che la determinazione astratta del concetto porterebbe, se si raggiunge la soluzione che soddisfa il sentimento nel caso

presente, si apre l'adito a demolire la difesa che la legge ha disposto per l'inabilitato, privandolo, in casi gravi, del beneficio dell'art. 341: combinando invece, nel modo che io credo si debba fare, il concetto dell'amministrazione con la libera disposizione delle rendite da parte dell'inabilitato, si giunge ad una soluzione che concilia, secondo i dettami ed i procedimenti classici dell'*aequitas*, il riguardo dovuto all'inabilitato, agli eredi, ai terzi.

Postilla. — Per quel che concerne gli appunti alla tesi del Ferrara, l'insigne autore ha difeso il suo concetto in una nota posteriore (*L'emissione di cambiale e gli atti di amministrazione*), inserita nella stessa *Riv. del dir. comm.*, VI, 1908, II, pag. 56.

XXIII.

Il diritto al nome commerciale e la concorrenza sleale (*).

Come tutti gli istituti che hanno larga base sulla consuetudine, la concorrenza sleale è una nebulosa di consistenza dubbia, a contorni vaghi ed oscillanti. La tendenza generale elimina assolutamente o per lo meno lascia nell'ombra la lesione del diritto, il danno giuridico. Si scorge e si ammira nella concorrenza sleale un'arma di natura eccezionalmente duttile, malleabile, in cui tutto riposa sul contegno dell'agente, sulle sue male arti, e su questo elemento subbiettivo, spirituale si aggira l'indagine e la prova. Posizione terribile, perchè, ridotto a valutare quest'unico elemento negli interessi in conflitto, il giudizio oscilla facilmente da un estremo all'altro, non tanto secondo la delicatezza del criterio morale, quanto secondo l'angolo visuale in cui l'estimatore della moralità di un atto si pone. È appunto negli interessi d'ordine morale in conflitto che il torto e la ragione non si dividono mai con un taglio netto, come osserva un grande scrittore: li divide bensì la norma giuridica, facendo sanguinare talora l'una delle parti, e non sempre quella che moralmente eccita le maggiori simpatie e la maggiore pietà.

(*) Dalla *Riv. del dir. comm.*, VI, 1908, II, pag. 164 e seg. È una nota alla sentenza della Corte d'appello di Casale, 27 febbraio 1908. La massima della sentenza inserita nella *Rivista del dir. comm.*, loc. cit., è la seguente: « Il diritto al proprio nome patronimico importa per necessaria e logica conseguenza la facoltà di valersi del nome in tutte le applicazioni dell'attività personale.

« La protezione del nome commerciale non si può spingere sino a interdire a un concorrente l'esercizio della stessa industria sotto il proprio nome ».

Ridurre a mera questione di fatto tutte le questioni di concorrenza sleale può essere forse non dannoso, almeno nel maggior numero dei casi, alla giurisprudenza, ed è ad ogni modo per essa fatale. Ma è deplorevole che la dottrina segua questo andazzo, e dichiari che tale è il metodo da seguire, e così renda frustranea l'opera sua; è deplorevole che non si tenti di risalire dal fatto al diritto, che si oda persino ripetere che non vige in questa materia il rigido principio *qui iure suo utitur nemini iniuriam facit*, il che mi fa l'effetto come se si dicesse che non ha più valore la logica, che non vige più il diritto. Di questa dichiarazione poteva esser lieta quella plebe di sociologi, ora in via di scomparire, col progresso stesso degli studi sociologici, che scorgeva nei principî fondamentali dell'interpretazione del diritto un'invenzione esosa dei giureconsulti romani; ma esse debbono riempire di tristezza e di sbigottimento il giurista, che è tratto a pensare al singolare destino delle scienze morali, in cui non v'ha canone il più elementare che sia fuori di discussione.

Nemo dolo agit nisi qui id facit quod facere ius non habet. Ragionare sul *dolo* e dimenticare il *diritto* è comodo: ma la dottrina ha tempo di riflettere e deve rinunciare alla comodità. Essa deve stabilire il diritto leso, non riportare semplicemente i dati della giurisprudenza coi ragionamenti della giurisprudenza: per questo ufficio bastano le collezioni ed i repertorî. L'incoscienza giuridica non si deve ammantare del titolo di coscienza sociale. Non è lecito dal punto di vista scientifico il separare la questione della concorrenza sleale dalla questione del diritto leso e farne due capi distinti: il diritto leso è il substrato della concorrenza sleale.

Senonchè questa nebulosa vuol essere decomposta: essa è un istituto pratico, economico, una designazione complessiva ed empirica desunta dalla funzione, non è un istituto giuridico che abbia organica unità. Dal punto di vista giuridico ogni diritto leso nell'àmbito della vita commerciale

può dar luogo ad un rapporto di concorrenza sleale, la quale è stabilita dalla pura e semplice violazione del diritto. La prova della mala coscienza e delle male arti ha senza dubbio rilievo, ma, come in qualunque rapporto, unicamente per stabilire la misura della responsabilità, se si debba essa limitare alla semplice reintegrazione del diritto o estendere ai danni recati con l'esercizio abusivo. Nella maggior parte dei casi mala fede vi sarà, e ciò giustifica il nome di concorrenza sleale, benchè non a torto alcuni scrittori abbiano proposto il termine più adeguato di concorrenza illecita o illegittima; poichè è certo che dal punto di vista logico questa terminologia è abbastanza infelice, come infelice è nel campo delle obbligazioni il nome e l'istituto del delitto civile, generato solo da un'equivoca tradizione.

Nella specie sottoposta al giudizio della Corte il diritto, la cui presunta violazione costituiva la così detta concorrenza sleale, era il diritto al nome commerciale. La specie concerneva l'ipotesi più delicata nella materia, l'omonimia. Un Borsalino reclama la tutela del suo diritto al nome commerciale, che ha nell'industria dei cappelli un valore inestimabile, l'altro la facoltà di poter usare del proprio nome civile nell'esercizio della medesima industria. A risolvere simili conflitti la giurisprudenza si vale dei suoi criteri consueti, desunti dallo stato di fatto e dalla moralità dell'agente, i quali, come ho detto, nella maggior parte dei casi menano ad una soluzione buona. Tizio, omonimo di un altro Tizio, gran fabbricante di vini di lusso, è senza capitali, senza attitudine, di bassa estrazione, forse di moralità dubbia, e si dedica a quel commercio soltanto per profittare dell'omonimia: entra in una società, in cui conferisce soltanto il suo fortunato nome e non altro, o non vi entra nemmeno e presta soltanto il nome. La ripugnanza eccitata da simili atti non fa esitare: siamo in un caso tipico di concorrenza sleale: la figura, il diportamento dell'agente è vivamente colorito e con esso si può giustificare la decisione. Ma spunta un caso in cui ogni mala arte esula o si

può senza grave sforzo ritenere assente: Tizio, l'omonimo, è persona rispettabile, fornita di capitali, nemmeno ignara per avventura dell'arte, e si propone ad ogni modo di esercitarla realmente da solo o in società. La decisione è opposta. Ma vien fatto di esclamare: che cosa è il diritto? che cosa è la tutela legislativa? La specie per se stessa, cioè la lesione giuridica, non è identica? Il danno che Tizio riceve dall'omonimo è forse minore in questa seconda ipotesi? No certo, anzi infinitamente maggiore, quanto maggiore è la serietà e la rispettabilità del concorrente. Nel caso nostro, per esempio, vi era una circostanza che lo rendeva formidabile: l'essere il secondo Borsalino prossimo congiunto del primo, l'essere stato impiegato nella casa.

Evidentemente gli è per questi casi che la ricerca dei veri elementi giuridici deve esser fatta dalla dottrina, e il rapporto deve esser liberato da quegli elementi spurî, i quali potranno condurre novantanove volte su cento ad una soluzione giusta, ma sacrificano fatalmente sia pure un caso solo su cento. Vi ha o non vi ha in simili rapporti un diritto leso? Se non vi ha diritto leso, non si può invocare alcuna protezione, perchè lo Stato difende appunto il diritto, e non le pretese ragionevoli quanto si vuole, ma non giuridiche. Se vi ha diritto leso, esso deve esser protetto in ogni caso, e quanto alla pura reintegrazione (a parte il risarcimento del danno) nella stessa forma e nella stessa misura. Ma che cosa è questo diritto, il quale si fa valere di fronte a persona di bassa estrazione, dubbia, se si vuole, non si fa valere di fronte a persone circondate di rispettabilità e di forme? Guardiamo alla lealtà dei mezzi, si dice! Sta bene: ma lealtà e slealtà possono diventare forme e finzioni anch'esse più di quello che siano nel linguaggio cavalleresco, e la lode di correttezza esser data a chi sa osservare queste forme, pur commettendo la stessa lesione intrinseca: la lealtà è spesso abilità. Ma pongasi pure che i Tribunali non errino mai nel fatto e nel giudizio circa la lealtà o slealtà dei mezzi o del contegno, circa la buona o la mala fede: dove però

si vide mai un diritto apparire e scomparire ad un momento solo, in dipendenza della buona o mala fede? Per quanto leale ed onesto e in perfetta buona fede sia il mio avversario, io debbo esser reintegrato nel godimento della cosa mia, se dimostro che è cosa mia: e viceversa per quanto rea coscienza egli abbia di tenere cosa non sua, di ricevere cosa che non appartiene a chi gliela dona, se questa sua opinione è falsa, nulla gli nuoce una cosiffatta mala fede: *plus in re est quam in existimatione mentis*, dicono i Romani, o *plus in substantia quam in opinione*, o anche, di fronte alla realtà e al buon diritto, *nihil mutat existimatio.*

Insisto adunque sui punti seguenti, che dovrebbero essere, a mio avviso, fuori di discussione: le svariatissime ipotesi che si raggruppano nella designazione e nello istituto, economico e non giuridico, o almeno non civilistico, della così detta concorrenza sleale, debbono avere tutte a substrato la lesione di un diritto: non si può nella questione sul nome commerciale scindere come due capi distinti la lesione del diritto e la concorrenza sleale, poichè non v'ha la seconda senza la prima: infine la buona e mala fede nulla importa per la reintegrazione pura e semplice del diritto, la quale dev'essere in qualunque ipotesi nella stessa misura e nella stessa forma.

Sgombrato il terreno di ogni impuro elemento, la questione nella specie presente riesce per lo meno configurata più nettamente. L'ipotesi dell'omonimia ci presenta un esempio spiccato, tipico di *collisione di diritti:* territorio dei più ardui nel sistema giuridico. I due diritti in conflitto sono: il diritto dell'uno al nome commerciale, il diritto dell'altro di trasportare nella vita commerciale il proprio nome civile. Si potrebbe pensare per vero: siamo di fronte a due diritti diversi, indipendenti: il diritto al nome civile, di natura personale, intrasmissibile, simbolo e tutela ideale del nostro carattere spirituale e della nostra dignità, e il diritto al nome commerciale, di natura patrimoniale, cedibile, espressione e tutela della nostra attività mercantile. Il diritto al

nome civile non implica il diritto al nome commerciale, nè si vuol confondere questo con la facoltà di trasportare nella vita commerciale il proprio nome civile. L'omonimo non commerciante è nella condizione di qualunque terzo: assumendo il nome stesso nella vita commerciale, egli usurpa un nome già occupato.

Questa sarebbe veramente quella logica rigida, che prescinde dalla complessa figura del rapporto giuridico. In realtà il conflitto qui non si può negare, come avverrebbe con questa soluzione, poichè, prescindendo pure dalla possibilità o meno di usare nel commercio un nome diverso dal proprio nome civile, è certo che la facoltà di trasportare il proprio nome civile nell'esercizio del commercio è una naturale esplicazione del diritto al nome, per quanto questo assuma nella sfera commerciale un carattere ad un valore diverso.

Ma è certo che la tutela del nome commerciale, pel credito acquisito in questo ramo di attività, diviene, direi quasi, un tranello legislativo, se scompare di fronte a tutti gli omonimi, e specialmente di fronte agli omonimi più pericolosi fra tutti, quali sono i proprî congiunti o dipendenti. È certo che, dei due diritti in conflitto, l'uno, e quello precisamente il quale ha valore patrimoniale effettivo, cioè il nome commerciale, è schiacciato dalla integrale esplicazione dell'altro. Cadere nell'altro estremo è di nuovo non risolvere il conflitto, ma abolire il diritto.

Ma, posta la questione nel campo della collisione dei diritti, la scienza non ci lascia privi di soccorso. Nella serie dei criteri svolti in questa dottrina, e a quando a quando applicati dal legislatore stesso per la risoluzione dei conflitti, verificandosi collisione di diritti, a noi sembra di scorgere un pensiero comune, che è quello espresso nel celebre aforisma romano, che si debba preferire *qui certat de damno vitando* a colui *qui certat de lucro captando.* A questo si riducono in ultima analisi i criteri che nel conflitto dànno la preferenza al possesso, *melior est condicio possidentis,*

alla precedenza nell'occupazione, *melior est causa occupantis*, alla priorità del tempo, *prior in tempore*, *potior in iure*. Lo stato di fatto, la posizione presa si contrappongono alle pretese concorrenti, precisamente come il *vitare damnum* e il *captare lucrum;* ed è certo degno di nota che appunto in materia di rapporti commerciali, cioè in tema di azione Pauliana, la formula assume quel carattere così netto ed equo.

Abbiamo così conquistato uno strumento obbiettivo, logico, desunto dal sistema giuridico, per risolvere il conflitto. Non vi ha dubbio che esso lo risolva nel modo più equo. Due diritti sono in conflitto, ed è chiaro che l'uno dei titolari vuole evitare un danno, l'altro fare un guadagno. La giurisprudenza potrebbe, obbedendo ai più sicuri principî, eliminare totalmente l'esplicazione del secondo, e vietare in simili ipotesi il trasporto del nome civile nella vita commerciale. Se non lo fa, gli è solo perchè trattasi di una estrema soluzione, ripugnante e il più delle volte inutile. Basta in genere disporre mezzi congrui ad evitare la confusione. È essa evitata nel caso presente? Nessuno oserà affermarlo, checchè ne pensi la Corte, sedotta, al solito, dalla rispettabilità delle forme, e dal rapporto di discendenza dall'uno dei fondatori, circostanze le quali entrambe non fanno se non rendere più dannosa la lesione del diritto. L'ipotesi poi era di quelle, in cui di regola l'eliminazione del nome non ha nulla di ripugnante, perchè si costituiva una società, e la giurisprudenza francese vi suol procedere, o per lo meno era troppo naturale aggiungere il nome degli altri soci.

Abbiamo dinanzi un esempio caratteristico del come l'esclusivo riguardo agli elementi morali possa nel tema della concorrenza sleale perturbare completamente il giudizio sulle relazioni giuridiche e sulla tutela del nome commerciale.

Noi crediamo che difficilmente si ritrovi negli annali della giurisprudenza in materia un caso nel quale con ele-

menti di tanta gravità, congiuranti a generare confusione, quali l'identità del nome, il rapporto ostentato di discendenza, l'identità della sede, la natura economica e semplice della merce, siasi proceduto con criteri, diremo, così liberali. Il fondamento supremo che, a nostro avviso, deve regolare la collisione dei diritti, è stato precisamente rovesciato. *Qui certat de damno vitando* è senz'altro sacrificato a colui *qui certat de lucro captando.*

XXIV.

Servitù e obbligazione (*).

La specie sottoposta all'esame della Corte di cassazione di Roma è di profondo interesse teorico e pratico. La servitù di non far concorrenza a un opificio vicino destinando il proprio opificio al medesimo uso industriale è un'applicazione nuovissima di un istituto antichissimo.

Questa stessa originalità suscita dubbî gravi e si comprende come la Corte d'appello abbia recalcitrato di fronte a un tipo così peregrino di servitù. La stessa applicazione industriale delle servitù ci trascina fuori del territorio classico dell'istituto, che è agricolo o edilizio, e più ancora può parere strana una forma di applicazione industriale, in cui la servitù è in funzione di clausola di concorrenza,

(*) Dalla *Riv. del dir. comm. e del dir. gen. delle obblig.*, XVI, 1918, II, pag. 486 e seg. È una nota alla sentenza della Corte di cassazione di Roma, 31 dicembre 1917. La massima della sentenza nella *Riv. del dir. comm.*, loc. cit., è la seguente: « Quando nel vendere un opificio con la forza idraulica che lo anima il venditore pattuisce espressamente col compratore che non sarà mai destinato al medesimo uso industriale a cui esso serviva prima, eguale a quello di altro vicino opificio di proprietà del medesimo venditore, tale patto costituisce sull'opificio venduto una servitù a vantaggio dell'altro opificio, non la semplice obbligazione personale del compratore di non fare concorrenza al venditore. Perciò, se il contratto sia debitamente trascritto, il terzo acquirente non può sottrarsi al vincolo reale che deriva dalla imposizione della servitù.

« È errore di diritto l'affermare che un'obbligazione personale non si trasmette all'avente causa dell'obbligato insieme alla situazione di fatto e di diritto a cui detta obbligazione è inerente, solo perchè l'obbligato, nel contratto stipulato col terzo, senza concorso nè consenso del creditore (anzi, in concreto, nel manifesto dissenso di lui), abbia escluso di volerla trasmettere, o non l'abbia espressamente trasmessa ».

cioè usurpa un territorio riservato finora alla materia delle obbligazioni.

Nondimeno questi dubbî hanno più carattere economico che non dommatico. Dal punto di vista della logica giuridica la soluzione favorevole sembra inoppugnabile sia in base all'articolo 531, sia in base all'art. 616. Qualunque peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità d'un altro fondo è servitù, qualunque servitù, purchè non contraria all'ordine pubblico, può essere imposta a carico dei fondi. La sentenza della Corte, per escludere la servitù, aveva richiamato l'intenzione dei contraenti, aveva ragionato sui caratteri della servitù, assumendo che questa debba costituire un vincolo di natura tale da rappresentare una *costante* ed *assoluta* limitazione del diritto di proprietà, aveva infine dichiarato nulla come contraria all'ordine pubblico una servitù di simile contenuto. Ora la prima obbiezione non è esatta, perchè, come la Cassazione giustamente osserva, la Corte d'appello non si fondava tanto sulla volontà contrattuale, quanto sul movente interno, per arguirne, e, ci sembra, con un certo ardimento logico, che l'intenzione delle parti non poteva esser rivolta alla costituzione di una servitù; ad ogni modo questa obbiezione, anche se fondata nella specie, era pel nostro scopo, cioè dal punto di vista teorico, irrilevante. L'ultima obbiezione è poi una vera *petitio principii*, e cioè l'assunto da dimostrare, giacchè la Corte asseverava che la servitù fosse contraria all'ordine pubblico, in quanto veniva imposta a una persona e non ad un fondo.

L'obbiezione centrale rappresenta invece un tentativo logico di ragionare sulla base dei caratteri della servitù. Se non che il pensiero che la servitù debba rappresentare una *costante* ed *assoluta* limitazione del diritto di proprietà è errato. Come osserva giustamente la Cassazione, il concetto enunciato dalla Corte d'appello porterebbe alla negazione della possibilità di servitù prediali per uno scopo di utilità temporanea e relativo allo stato attuale dei fondi. La ser-

vitù deve soddisfare *un interesse del fondo*, ma non è necessario che sia un interesse *permanente*. Questa esigenza è un'ultima eco del requisito della *causa perpetua*, inteso nel modo più rigoroso: e d'altra parte questo requisito della *causa perpetua*, comunque inteso, è contestato già nel diritto romano, in cui pure abbiamo tipi fissi e determinati di servitù, e il dubbio non è certo attenuato di fronte alla larghezza del diritto civile, che ha rotto qualunque barriera di tipi fissi.

Tuttavia, malgrado la forza e la serietà del ragionamento nella elaborata sentenza della Corte di cassazione, uno stato di insoddisfazione rimane. Quando il punto di vista economico è dubbio, giova approfondire l'analisi giuridica e non arrestarsi davanti alla correttezza formale dei principî.

Siamo in un territorio in cui elementi imponderabili, ma intimi possono guidare alla decisione, e non è escluso che questi elementi imponderabili possano condurre in diversi tempi, pure nell'interpretazione delle stesse norme, a decisioni diverse. Se le clausole di concorrenza avessero nella nostra società un'atmosfera sicura di favore e un riconoscimento pieno, e più ancora se, come nel medio evo, o, per meglio dire, in quell'êra di mezzo della storia economica, che è durata sino all'avvento della grande industria e alla Rivoluzione francese, la limitazione eccessiva, esauriente dei dominî, non urtasse contro la nostra psicologia e la nostra educazione economica, si potrebbe esser tratti a rispondere anche nel caso presente in senso affermativo, perchè i motivi economico-sociali avrebbero il loro naturale riflesso nella valutazione della servitù e dei suoi caratteri così genericamente enunciati negli art. 531 e 616 del Codice civile. Ma così non è. E allora, poichè nessun motivo di simil genere pesa sul ragionamento, noi possiamo, senza esser turbati, seguire una linea più rigorosa e valutare i motivi, che hanno impedito e tuttavia impediscono un'interpretazione esorbitante e un'applicazione irregolare della servitù. Il nostro diritto ha ampliato bensì la sfera delle

servitù prediali, e forse più in apparenza che in realtà, giacchè le servitù pratiche e finora applicate rimangono pur sempre quelle riconosciute dal diritto romano; ma non ne ha, pare, alterato il concetto. La *causa perpetua* è egualmente disputata nella sua esistenza e nel suo valore così per diritto romano come per diritto moderno. E tuttavia è singolare che i dubbî avanzati dalla critica moderna più che al diritto giustinianeo e al diritto comune abbiano riferimento al diritto classico, dove pure il regime delle servitù è certo più restrittivo. Nel diritto giustinianeo la *causa perpetua* è ad ogni modo formulata nella L. 28, D., 8, 2, di Paolo, risulti questa formulazione generale da un'interpolazione ovvero da un glossema. D'altra parte il carattere di una stabilità *naturale*, se non assoluta e immutabile, delle servitù non è estraneo al pensiero dei giureconsulti, perchè certamente sia nel diritto classico, sia nel diritto giustinianeo le servitù d'acqua debbono avere una *perpetua, naturalis causa*, l'acqua su cui grava la servitù deve esser *aqua viva, perennis*. Che questo si richieda in conseguenza del requisito della *perpetua causa*, o che si richieda, come ritiene il valido oppugnatore della *perpetua causa*, Silvio Perozzi, perchè la servitù grava sul fondo e soltanto l'*aqua viva* è pei Romani una *portio fundi*, nell'ordine di idee che svolgiamo è quasi indifferente, anzi quest'ultimo rilievo è per me prezioso. Perchè la discussione si può e si deve impiantare sopra momenti più semplici e a un tempo stesso più indubitati, che appartengono all'essenza elementare delle servitù e costituiscono le due facce del requisito formulato tanto nell'art. 531 quanto nell'art. 616: la servitù grava *sul fondo* servente ed è costituita per l'uso, l'utilità, il vantaggio *del fondo* dominante. Si tratta di valutare i limiti e l'intimo significato di questi due momenti. Ora se consideriamo la fonte dell'istituto, che, sino a prova contraria, noi dobbiamo ritenere ispirato agli stessi principî e destinato agli stessi bisogni, cui era ispirato e destinato nel diritto romano (e forse non vi è istituto che

appaia trapassato così puro dal diritto romano al diritto moderno), non è forse malagevole trovare la via per la soluzione. La casistica delle fonti procede con logica serrata, ora avvertendo il motivo col quale ragiona, ora non rilevandolo espressamente, ma sempre schivando di oltrepassare certi confini, e dal complesso risulta che i due momenti enunciati hanno un significato serio e pregno.

E in primo luogo la servitù grava sul fondo nel senso che affetta la *sostanza*, gli elementi naturali del fondo, è una dote negativa di esso, ne costituisce una *deterior condicio*, una *deminutio*. La servitù non può riferirsi esclusivamente alla attività della persona che si esercita entro l'àmbito del fondo. Certo in ultima analisi è la persona che subisce il danno, ma lo subisce indirettamente, attraverso la diminuzione del fondo, e non direttamente, sia pure in quanto essa dimora nel fondo.

La figura più schietta di servitù è costituita dalle *servitutes in patiendo;* il *pati* sembra riferito alla persona, in quanto è ingiunto a questa di sopportare che il vicino faccia un dato uso del fondo che è suo. Ma certo la diminuzione è dalla persona subìta nel fondo, la cui sostanza è più o meno intaccata dal passaggio di veicoli, di giumenti, dall'esercizio della servitù di pascolo, da immissioni, sporti e simili.

Nelle *servitutes in non faciendo* la persona deve astenersi dal fare; ma non già dal fare nel fondo, bensì dal fare rispetto al fondo, per esempio, dall'elevare opere, innalzare piani che possano togliere la luce ai vicini, ecc.

Non abbiamo esempi di servitù in cui si imponga alla persona di non esercitare sul fondo una data attività, dalla quale il fondo di per sè non rimanga menomamente intaccato; non esercitare, ad esempio, un dato mestiere, non suonare, non cantare sul fondo sono obblighi che si possono stipulare con le persone, non servitù che si possano stabilire a carico di un dato fondo.

Secondo una regola tradizionale, la servitù non può consistere *in faciendo*. Parrebbe ciò costituire l'ultima riprova

di quanto asseriamo, perchè anche qui siamo sopra una linea di confine tra il diritto reale e l'obbligazione.

Io dubito tuttavia del valore dommatico di questa regola.

Da molti elementi, che ho succintamente riassunti a suo luogo (*Istituzioni*, § 100, 5ª ediz., pag. 307, nota 1), a me sembra che trattisi di un limite pratico, empirico, economico, in quanto alla società romana ripugnava di ammettere gravami di simil natura sui fondi, non già d'una inviolabile regola dommatica. Certo è notissimo che nella *servitus oneris ferendi*, la *refectio*, cioè un *facere*, incombe al proprietario del fondo servente, ed è certo altresì che questa massima non calza coi principî. Le spiegazioni che gli scrittori, talora anche esimî romanisti, ne sogliono dare, mostrano sovente che non si ha nemmeno una chiara idea del problema; perchè tutto si riduce a dichiarare *perchè* un tal onere sia stato imposto al fondo servente o ad asserire che trattasi di una *obligatio propter rem*, non già di una servitù, mentre la questione non è sul *perchè* ciò sia stato stabilito, ma sul *come* una simile deviazione si concilii coi principî, e dall'altra parte la *refectio* è un elemento della servitù tutelato mediante l'azione della servitù, non già una *obligatio propter rem;* a parte che il concetto d'una *obligatio propter rem* è per me totalmente straniero al diritto romano: o si ha una *servitus* o una *obligatio rei*, che è costruita come un diritto reale (cfr. pur sempre le mie *Istituzioni*, § 66, pag. 219, nota 1, § 121, pag. 361, nota 1). Ad ogni modo, per quel che fa al nostro oggetto, quando i Romani si propongono di dar esempio di una *servitus in faciendo*, si riferiscono pur sempre ad un'attività che modifica la sostanza del fondo: render più ameno il prospetto al vicino con opere del proprio, dipingere la facciata del proprio edificio e simili (L. 15, § 1, D., 8, 2); e nella vessata L. 6, § 2, D., 8, 5, la ragione per cui Labeone si induce a riconoscere l'obbligo del restauro come inerente alla *servitus oneris ferendi* è che viene ad esser aggravato per questo peso il

fondo, non già la *persona: hanc servitutem non hominem debere, sed rem.*

Dall'altro lato la servitù prediale deve esser utile al fondo, deve *praediorum meliorem causam facere* (L. 6, § 1, D., 8, 3), è un *ius praedii*, non *personae*. Il requisito dell'utilità ha un notevole rilievo nella materia della servitù. Ciò è causa talvolta di equivoci, come avviene circa il requisito parallelo che con eguale ambiguità si suol aggiungere all'obbietto dell'obbligazione: cioè che essa offra un interesse pel creditore. In realtà l'utilità ha rilievo non già perchè al riconoscimento di un diritto subbiettivo importi l'esercizio utile di esso, ma unicamente per ragione di antitesi, e nel nostro tema l'antitesi è con la persona, in quanto, di nuovo, anche sotto l'aspetto attivo la servitù deve modificare in senso utile la sostanza del fondo, non giovare alla persona, che è sul fondo. Essa è una dote del fondo. Degna di nota è la comparazione enunciata vivacemente dal giureconsulto Celso: « quid aliud sunt iura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? » (L. 86, D., 50, 16). La stessa terminologia *iura praediorum* è caratteristica, e tanto essa ha rilievo nelle fonti che insigni romanisti sono giunti a concepire il fondo quale *subbietto e titolare* della servitù. Certo è questa un'astruseria da respingere; ma non potrebbe esser meglio significato che con quella espressione il pensiero che il vantaggio deve direttamente concernere il fondo e solo indirettamente la persona, modificando le condizioni e le doti di un fondo di sua pertinenza.

Sotto l'aspetto attivo la casistica e il ragionamento dei giureconsulti romani illuminano la posizione in modo ancor più chiaro ed efficace di quello che avvenga dal lato passivo. Si discute sulla possibilità di una *servitus pascendi* e di una servitù di abbeverare il bestiame, e Papiniano risponde che le due servitù sono possibili quando il fondo dominante sia tenuto a pascolo, *si praedii fructus maxime in pecore consistat*, cosicchè l'utilità sia risentita direttamente

dal fondo (L. 4, D., 8, 3). Nondimeno il modo di esprimersi di Papiniano rende palese come egli avverta di trovarsi sopra una linea di confine: *praedii magis quam personae* (*ius*) *videtur*. È anche ammissibile la stessa *servitus pascendi* quando si tratta di mandare a pascolo nel fondo vicino gli animali inservienti alla coltura del proprio fondo (L. 3 pr., D., 8, 3). Fuori di questi casi il *ius pascendi* sul fondo altrui è un *ius personae*, cioè nel diritto giustinianeo una servitù personale.

Similmente si può costituire il diritto di scavare pozzolana o pietre o argilla e di fare calce nel fondo del vicino, ma per lo scopo di edificare nel proprio fondo (L. 5, § 1; L. 6, § 1, D., 8, 3). Anzi è detto espressamente che il diritto di estrarre argilla dal fondo del vicino si può costituire come servitù, quando alcuno estragga per fabbricare vasi a fine di conservare o asportare i frutti del proprio fondo, per esempio, anfore e botti per l'olio e il vino prodotti dal fondo; ma un diritto di tal natura non si può costituire come servitù se giova soltanto a mandare innanzi un'officina a scopo industriale, cioè quando i vasi hanno la destinazione di esser venduti. In questo caso non avremmo una vera *servitus*, ma un usufrutto (*usus fructus erit*), cioè la cosiddetta *servitus personalis*. Finalmente si può costituire sul fondo vicino la servitù di lasciarvi scorrere o tenervi un deposito di pietre o altri materiali; ma deve trattarsi di materiali estratti dal proprio fondo, cioè da una cava o miniera (L. 3, § 2, D., 8, 3). In tutte queste ipotesi il requisito del diretto vantaggio del fondo è così tenuto presente dai Romani che esso costituisce anche il limite dell'uso, cioè l'uso è lecito *non ultra quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit*.

Qualitativamente e quantitativamente la servitù deve soddisfare un bisogno fondiario.

Nè per altro scopo è rilevato il requisito della vicinanza: « nec haustum nec appulsum pecoris, nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse nisi fundum vicinum habeat ».

Nè infine può avere, per mio avviso, altra spiegazione la celebre L. 8 pr., D., 8, 1, che vieta di costituire la servitù (cioè la servitù prediale, come intendono sempre i classici) che sia lecito cogliere frutta nel fondo vicino, passeggiarvi, cenarvi. Non è menomamente contestabile che si giovi alla persona, permettendo di esplicare tali attività sul fondo altrui: ma il proprio fondo non è affatto migliorato nei suoi elementi e nelle sue attitudini.

Può esso acquistare un valore commerciale superiore per l'appendice di questa facoltà? Senza dubbio, ma non è il valore commerciale che può rappresentare l'*utilitas* del fondo servente: la quale deve avere, per dir così, valore d'uso, non di scambio.

Siamo quindi ben lungi dalla negligenza, con cui questo momento dell'utilità potrebbe esser inteso in un senso latissimo.

È stato detto: nella servitù di attinger acqua il vantaggio del fondo, se l'acqua è per lavare o per dissetare uomini o animali, dov'è?

Ora può ben darsi che il vantaggio di usi cosiffatti sia direttamente ed esclusivamente della persona, non del fondo, che non vi sieno animali addetti alla coltura del fondo che occorra dissetare: ma in tal caso, abbiamo visto, la servitù non si può costituire. In un certo senso sarebbe equivoca la formula che il vantaggio del fondo deve esser inteso in relazione all'uso che se ne fa a profitto di chi lo possiede, che esso dev'essere relativo alla economia del fondo, all'industria che vi si esercita, all'azienda che vi è impiantata. No: esso deve riferirsi al fondo nella sua costituzione *naturale;* la servitù non può giovare all'industria che è esercìta nel fondo, quando questa è una mia attività personale, non collegata con la sostanza del fondo.

È manifesto pertanto che nel concetto della servitù, come i Romani l'hanno inteso e foggiato, nella sfera delle applicazioni e dei ragionamenti fatti dai giureconsulti, il non

esercizio di un'industria nel fondo vicino, come un qualunque divieto che giovi alla mia industria, non può costituirsi come servitù. Non è nè *servitus fundi* dal lato passivo, nè *ius fundi* dal lato attivo. Si può dire che il nostro caso è testualmente risoluto in senso negativo dalla L. 6, D., 8, 3, in cui a proposito della fabbricazione di vasi di argilla si distingue quando la servitù di estrarre argilla sia utile al fondo, nel qual caso è possibile, e quando sia utile unicamente all'esercizio industriale, che si svolge nel fondo, nel qual caso la sua costituzione è impossibile.

Certo, richiamando quanto si è detto a principio, io non giudicherei cosa assurda in astratto intendere il peso e l'utilità, il lato passivo e il lato attivo delle servitù in un senso meno rigoroso e, diciamolo pure, meno significativo, cioè in relazione all'economia, alla gestione del fondo, anche se questa derivi dall'attività della persona, senza intaccare menomamente la sostanza del fondo. Si verrebbe così ad abbracciare tanto l'utilità fondiaria (agricola, mineraria, edilizia, ecc.), quanto l'utilità più strettamente industriale, nella quale il fondo non è l'*oggetto*, bensì la *sede* della industria.

Ma è altrettanto certo che allora noi ci allontaniamo dal concetto del *ius praedii*, cioè da quei principî romani che dobbiamo ritenere perduranti ancora nel diritto civile; ed è egualmente sicuro che un simile ampliamento ci potrebbe condurre molto lontano e portare ad applicazioni antieconomiche, anche dal punto di vista delle esigenze odierne: nè sarebbe possibile trovare l'*ubi consistam*.

La servitù diventerebbe uno strumento di demolizione della proprietà, come l'obbligazione, se oltrepassa i limiti che il carattere patrimoniale dell'obbietto le impone, può diventare uno strumento di demolizione della libertà. La coscienza dell'economia odierna, non meno che la tradizione e la logica più fondata dei concetti, reagiscono contro un ampliamento che non sarebbe nella realtà delle cose che un annichilimento dei requisiti della servitù.

*
* *

Ma si può nella specie presente raggiungere lo stesso risultato ammettendo il passaggio delle obbligazioni relative al fondo negli acquirenti del fondo, cioè nei cosiddetti successori a titolo singolare? La Cassazione risponde affermativamente. Anche in questa parte la Cassazione procede sopra una sottile linea di confine, ed enuncia una massima che ci sembra dubbia e pericolosa, per quanto nelle apparenze impeccabile. Il ragionamento s'impernia tutto sopra l'interpretazione dell'articolo 1127 del Codice civile; torbido ed infelice articolo, che ha dato origine a torbide dottrine.

Anzitutto la fantasia degli scrittori si è sbrigliata sopra il mutamento di parole operato dal legislatore italiano rispetto al corrispondente art. 1122 del Codice civile francese. Questo dice: « on est censé avoir *stipulé*, etc. »; il mutamento di *stipulato* in *contrattato* ha fatto credere a qualche ardito esegeta che il Codice italiano abbia voluto riconoscere nell'ipotesi dell'articolo non soltanto il passaggio del credito, ma anche quello del debito nei successori a titolo particolare. In realtà la voce *stipulare* nel linguaggio moderno non ha un senso rigido e unilaterale come nel diritto romano, non allude esclusivamente al creditore, come non esprime alcuna formalità, e rettamente dagli scrittori francesi il termine *stipulé* nel loro art. 1122 è interpretato nel senso di *contrattato*, cioè con relazione così ai crediti come ai debiti; ma questa duplice relazione concerne gli eredi, i cosiddetti successori a titolo universale, quelli che nel diritto romano classico erano i veri e soli successori. Quanto ai successori a titolo particolare noi riteniamo, d'accordo pienamente coll'acuto e compianto Nicola Coviello (*Della successione nei debiti a titolo particolare*, in *Arch. giur.*, vol. VII, 1896, pag. 133 e seg.), che in nessun modo si possa riconoscere il tacito passaggio dei debiti negli acquirenti a titolo particolare del fondo, il che non potrebbe

avvenire per accordo mero del debitore e del terzo, ma solo col consenso del creditore, sia in base ai principî, sia in base all'art. 1123 Cod. civ., capoverso.

Ma più direttamente relativo alla nostra specie è il secondo punto, il malaugurato e torbido accoppiamento dell'erede e dei successori a titolo singolare (« si presume che ciascuno abbia contrattato per sè e *per i suoi eredi e aventi causa*, ecc. »). Siamo in presenza di posizioni assolutamente diverse, di concetti amalgamati insieme con diverso senso e con diverso riferimento.

Il trapasso delle obbligazioni, debiti e crediti, negli eredi è cosa semplice e intuitiva. Che il Codice ne faccia menzione sotto la rubrica « Degli effetti dei contratti » può aver la sua giustificazione tanto nel pensiero di ribadire un principio generale, sia pure indiscusso (hereditas quin obliget nos aeri alieno... *plus quam manifestum est*, dicono i Romani: L. 8 pr., D., 29, 2), quanto nel fine di render avvisati che, se anche la persona dell'erede non è espressa (come usava spesso in diritto romano nelle note formule: « mihi *et heredi meo* dari spondes? »), tuttavia l'obbligazione s'intende che passa all'erede, quando non siasi espressamente pattuito il contrario o ciò non risulti dalla natura del contratto. Ma il trapasso nei successori a titolo singolare non sembra poter significare altro se non che ciascuno si presume aver contrattato anche per chi gli succede nell'obbligazione che dal contratto risulta, ma, s'intende, che gli succede nella misura e nei modi debiti che la legge riconosce, cioè nel credito e mediante cessione regolare del credito. Ma questo enunciato, oltre all'esser un parallelismo molto all'ingrosso con l'ipotesi dell'erede, è di una verità più banale ancora che la successione nelle obbligazioni da parte dell'erede, e gli scrittori tanto francesi quanto italiani, o almeno gli scrittori che vogliono ragionare, non fantasticare, giustificano la disposizione supponendo che il legislatore voglia riferirsi alle convenzioni accessorie, le quali, si dice, trapassano *ipso iure* in colui che succeda a titolo singolare nel rapporto prin-

cipale (cfr. Coviello, loc. cit.), e si adduce di solito l'esempio delle servitù attive e passive costituite sul fondo che al terzo viene trasmesso.

È più facile, a mio avviso, scorgere in queste spiegazioni l'ossequio, sino ad un certo segno doveroso, al legislatore, che non riconoscere che esse diano un senso utile all'enunciato così da meritare un articolo speciale, e stabiliscano una certa corrispondenza tra l'erede e l'avente causa.

Non si può invece, benchè sia stato sostenuto, dare a quell'articolo il senso che qualunque obbligazione concernente il fondo costituisca un'*obligatio propter rem*, la quale trapassi nel successore a titolo singolare del fondo. Premetto di nuovo che nelle così dette *obligationes propter rem* io non scorgo se non diritti reali, e sono lieto che Nicola Coviello (cfr. loc. cit., pag. 131) ritenga per diritto civile la stessa opinione che io, come appare dai luoghi citati sopra, ho tentato di dimostrare pel diritto romano. Come diritti reali essi sono diritti tipici, determinati in quelle figure che la legge riconosce. Ma volendo pur chiamare questi diritti reali con l'ambiguo nome di *obligationes propter rem* le cose non mutano: si tratta sempre di rapporti *tipici*, *determinati*, di figure anomale, e l'esempio quasi costante è il canone enfiteutico. Ciò che non è ammissibile nel nostro diritto è che *una qualunque* obbligazione concernente il fondo si possa costituire come obbligazione *propter rem*, e questa specie di onere reale trapassi nell'acquirente del fondo senza convenzione espressa. Ciò è assurdo e, come vedemmo, contrastante con espresse disposizioni (art. 1123 Cod. civile) quanto al lato passivo, il debito; ma ciò non è meno escluso pel lato attivo, il credito. Un'esegesi troppo ispirata alla parola dei testi legislativi corre il rischio di far dimenticare anche ai giuristi l'organismo delle istituzioni, e questo sovrattutto negli enunciati più teorici che pratici del legislatore, come è la disposizione formulata nel nostro infelice articolo 1127.

XXV.

La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili (*).

1. Le difficoltà non lievi che offre la teoria delle obbligazioni divisibili e indivisibili, una delle più travagliate *ab antiquo* nella storia della dommatica giuridica, risentono anch'esse, a nostro avviso, l'effetto di una radicale alterazione subìta dall'ordinamento dell'istituto nel diritto giustinianeo. Com'è noto, il pensiero fondamentale e quasi il presupposto di ogni scrittore è che le obbligazioni indivisibili siano obbligazioni *pro parte;* soltanto, data l'indivisibilità dell'oggetto, è disposto un ordinamento speciale per provvedere ad una esecuzione congrua e a un tempo stesso non perdere di vista che in realtà ciascuno dei debitori e ciascuno dei creditori è tale solo per una parte (1). Soltanto alcuni autori nel periodo trionfale della dannosa distinzione tra obbligazioni correali e solidali credettero di risolvere o attenuare le difficoltà, annoverando l'obbligazione indivisibile nella categoria più misericordiosa delle obbligazioni puramente solidali. Cito per tutti l'Arndts, il quale è forse lo scrittore che ha dato a questo concetto la formulazione più netta (2). A nostro avviso, la posizione delle cose è senz'altro la seguente: le obbligazioni indivisibili non altro erano per i giureconsulti romani che obbli-

---

(*) Dall'*Arch. giur.*, IV serie, vol. I, 1921.

(1) Cito per tutti uno dei più penetranti critici delle fonti, il Perozzi, *Istituzioni*, II, pag. 91.

(2) Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette*, vol. II, § 216. Il Savigny, *Obbl.*, §§ 33-94, trad. ital. Pacchioni, vol. I, pag. 331-341, afferma la struttura delle obbligazioni correali soltanto per il caso di più debitori; ad ogni modo la dottrina non regge per diritto giustinianeo.

gazioni *in solidum*, e poichè non vi furono mai due classi di obbligazioni *in solidum*, esse appartenevano all'unica classe, di cui seguivano interamente le regole. Soltanto Giustiniano ha ordinato le obbligazioni indivisibili, sebbene in una maniera in parte oscura e contraddittoria, come obbligazioni *pro parte*, disciplinandone le particolari esigenze con alcuni principî speciali e riavvicinandole ad una ipotesi profondamente diversa, che è l'obbligazione alternativa o generica con pluralità di subbietti.

2. La dimostrazione di questo concetto è molto semplice. Che ne' testi dell'indivisibilità vera e propria le espressioni siano quelle della solidarietà (singuli *in solidum* tenentur, singuli *in solidum* habent actionem, unumquemque heredem *in solidum* teneri) non abbisogna che di richiamarlo e potrebbe soltanto parere mirabile che questo rigoroso linguaggio non abbia fino ad ora messo sulla traccia della verità. Se non che argomento più sostanziale e decisivo è il fatto che i principî puri della solidarietà, cioè l'estinzione dell'obbligazione per tutti i coobbligati in base alle cause obbiettive, hanno luogo nel diritto classico anche in ordine alle obbligazioni indivisibili: e le due ipotesi tipiche dell'*acceptilatio* e della *litis contestatio*, attestate, come or ora vedremo, dalle fonti, mostrano che non è possibile nemmeno il ripiego di annoverare le obbligazioni indivisibili nella categoria subordinata delle obbligazioni puramente solidali, e dimostrano, se ve ne fosse ancor bisogno, la vacuità di quella distinzione.

Le leggi fondamentali nel tema delle obbligazioni indivisibili sono la L. 2, D. *de v. o.*, 45, 1, e la L. 85 *eod.*, entrambe di Paolo. In queste leggi Paolo espone la teoria delle obbligazioni indivisibili, in cui non è possibile la prestazione *pro parte*, ma ciascuno è obbligato *in solidum* in antitesi alle obbligazioni alternative e generiche con pluralità di subbietti, in cui l'obbligazione è *pro parte* e soltanto l'esecuzione è per necessità integrale: « quaedam *partis quidem dationem* natura recipiunt, sed nisi tota dantur,

stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor » (L. 2, § 1) ovvero « *pro parte* autem peti, solvi autem nisi totum non potest, veluti cum stipulatus sum hominem incertum » (L. 85, § 4). Ora è precisamente questa seconda categoria di obbligazioni che Paolo distingue nettamente dalla prima, cioè dalle indivisibili, anche negli effetti. Ecco come si esprime:

L. 2, § 3, D., 45, 1: Paulus, *libro duodecimo ad Sabinum:* « Si tamen hominem stipulatus cum uno ex heredibus promissoris egero, *pars dumtaxat ceterorum* obligationi supererit, ut et solvi potest, idemque est si uni ex heredibus acceptolatum sit ».

È chiaro che, giusta il pensiero del giureconsulto, nelle obbligazioni veramente indivisibili, sia per i principî della consumazione, essendo la *petitio* non *pro parte*, ma *in solidum*, sia per un legittimo argomento a contrario, desunto dalla presente legge (s'intende che questo argomento contrario ha il suo pieno valore soltanto per diritto classico), non sussiste, dopo l'azione intentata contro uno degli eredi, nessuna possibilità di intentarla di nuovo contro gli altri, ossia sarebbe assurdo il dire *pars ceterorum obligationi superest.* E similmente non è possibile alcuna *acceptilatio* parziaria.

3. I principî speciali dell'obbligazione indivisibile, che rappresentano invece la sua struttura particolare nel diritto giustinianeo (diritto di pretendere dal creditore stesso il prezzo di stima per le parti dei condebitori e in parte almeno diritto alla proroga e alla cauzione, riduzione dell'obbligazione indivisibile a divisibile, quando per l'inadempimento si trasforma nell'obbligo di risarcire il danno), sono interpolati dai compilatori. Ecco i testi.

L. 80, § 1, D. *ad leg. Falc.*, 35, 2: Gaius, *libro tertio de legatis ad edictum praetoris:* « Quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae itineris actusve: ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere. sed et si opus

municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum: neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit: quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali ».

L'ultima parte dalle parole *sed potest*, etc. ha nelle singole frasi (*potest hoc remedio succurri; denuntiet legatario; partem aestimationis inferat; si non inferat*), ha nello stile stesso sapore compilatorio. E l'ordinamento stesso di questo rimedio non può derivare da un giureconsulto classico, mentre è conforme allo spirito della compilazione.

L. 11, §§ 23, 24, D. *de leg.*, 32: Ulpianus, *libro secundo fideicommissorum:* « Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri, divus Marcus et Lucius Verus Proculae rescripserunt: tempus tamen coheredi praestituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solam Proculam voluerunt facere imputaturam coheredi sumptum pro parte eius. § 24. Ergo et in statua ed in servitute ceterisque, quae divisionem non recipiunt, idem Divus Marcus rescripsit ».

Com'è chiaro, in questo testo, in cui si ribadisce il principio che ciascun erede è tenuto *in solidum*, perchè la prestazione è indivisibile, il rescritto del Divo Marco che concede la proroga doveva esser determinato dalla specialità del caso e dal favore della città, seppure (il che è piuttosto dubbio) la proroga non è interpolata, come sembra ritenere il Perozzi, il quale attribuisce ai compilatori la chiusa del § 23: *tempus tamen coheredi*, etc. (1). Ma il testo assume un significato generale per tutte le prestazioni *in*

(1) Perozzi, *Istit.*, vol. II, pag. 92, n. 5.

faciendo soltanto nel diritto giustinianeo. Per vero il § 24 generalizza espressamente la portata con un *ergo* a tutte le opere e a tutti gli oggetti non capaci di divisione, cioè in genere alla prestazione di *facere* e alle prestazioni di *dare* indivisibili. Ma questo paragrafo, con quella strana illazione, fa dire al rescritto (*rescripsit*) cosa che questo non diceva nè poteva dire.

Per le cauzioni e le garentie speciali in tema di deposito ricordiamo soltanto le leggi da tempo riconosciute come interpolate: L. 1, § 36, D., 16, 3; L. 14 pr. *eod.;* L. 22 in fine, *eod.;* L. 81, § 1, D., 46, 3.

L. 72, D. pr. *de v. o.*, 45, 1: Ulpianus, *libro vicesimo ad edictum:* « Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae, ductus ceterarumque servitutium. idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigesimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quae Celsus ait posse dici iusta aestimatione (1) facti dandam esse petitionem ».

Questa legge che nella prima parte dà imbarazzo per il celebre *fundum tradi*, che, a mio avviso, non si può riferire se non al mero fatto della consegna (del resto tutta l'esemplificazione, abbastanza scorretta nella forma, potrebbe esser interpolata), nella seconda parte riferisce a Tuberone il principio ben più grave, che sarebbe stato accolto da Celso, per cui se l'obbligazione di fare non è adempiuta, essa si risolve in denaro e quindi si viene alla

---

(1) [*Iuxta aestimationem*, legge la Vulgata. Probabilmente la lezione della Fiorentina deriva da interpolazione, giusta il motivo accertato dall'Albertario, « *Iustum pretium* » e « *iusta aestimatio* », in *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XXXI, 1920 (onoranze a G. Rotondi)].

divisione della *stipulatio* secondo la stima del fatto. Per coloro che in base alla L. 25, § 10, D., 10, 2, ritengono che almeno nelle obbligazioni indivisibili passive la responsabilità per i danni è solidale, il testo non esporrebbe che una curiosità letteraria, cioè l'opinione di Tuberone e di Celso, che non sarebbe penetrata nel diritto classico, nè farebbe legge nel diritto giustinianeo. Per la maggior parte degli scrittori essa afferma un principio generale, valevole quindi anche per le obbligazioni indivisibili passive. A nostro avviso, ciò è esatto per diritto giustinianeo; ma riteniamo che le strane parole *ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem* siano interpolate dai compilatori. Esse rompono quello che doveva essere il vero ragionamento del testo Tuberone diceva semplicemente che l'inadempienza del fatto si valuta in una somma di denaro e quindi (continua Celso) l'istanza giudiziale si deve avanzare secondo la stima. Ma non si dice punto che questa stima debba esser fatta *pro parte*. D'altro canto poichè la domanda della prestazione nelle obbligazioni è *in solidum* e nel diritto classico la consumazione era di rigore, se la condanna al risarcimento fosse stata parziale, si sarebbe avuta questa conseguenza: che l'attore avrebbe ricevuto una soddisfazione parziale e non avrebbe potuto esigere più nulla dagli altri debitori.

L. 25, § 9, D. *fam. ercis.*, 10, 2: Paulus, *libro vicesimo tertio ad edictum:* « An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: veluti si is qui viam iter actus (actum *scr.*) stipulatus erat decessit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur quia nec potest. sed verius est non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet ».

Dopo la dichiarazione della solidarietà (*in solidum habent actionem*, *in solidum competere actionem*), l'inciso finale *etsi*, etc., è una stonatura che il Mommsen corregge in *sed si*. In realtà *pro parte hereditaria* è interpolato dai compi-

latori. In base alla *petitio* del *solidum* la condanna non poteva esser *pro parte.*

L. 25, § 10, D. *fam. ercis.*, 10, 2: PAULUS, *libro vicesimo tertio ad edictum:* « Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret (1), quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut, si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur ».

Questo testo, in cui appar chiaro che la *litis aestimatio* per l'inadempimento è stata prestata integralmente, ha indotto alcuno a ritenere che per lo meno nelle obbligazioni indivisibili passive, cioè nel caso di più debitori, ciascuno dei debitori sia tenuto *in solidum* anche al risarcimento (2). Altri limitano la portata del principio alle obbligazioni indivisibili passive, dirette a un *dare* (3).

A noi sembra che il principio della divisione quando l'obbligazione sia ridotta al risarcimento dei danni sia un principio disgregativo e distruttivo del concetto dell'indivisibilità, e tale che può spingere i debitori all'inadempimento per limitare la condanna, costituendo così un premio all'inadempienza e alla colpa. Nel diritto classico poi, in cui la condanna era sempre pecuniaria, non si comprende questa differenza tra il caso in cui la *pecunia* rappresenti la valutazione della cosa e quello in cui rappresenti la valutazione del danno. Nessun autore infine giustifica la differenza fra le obbligazioni indivisibili passive ed attive, ovvero tra le obbligazioni di dare e di fare. Ben corrisponde tuttavia questa disgregazione dell'indivisibilità allo spirito del diritto giustinianeo e alla disgregazione corrispondente

---

(1) V. per questo dubbio la L. 2, § 2, D., 45, 1 *in fine.*

(2) SAVIGNY, *Obl.*, I, trad. ital., pag. 358; UEBBELOHDE, *Unth. Obl.*, pag. 90; WINDSCHEID, *Pandette*, vol. II, § 253.

(3) VANGEROW, *Pandette*, III, § 567, nota 2.

della solidarietà. Anzi crediamo che la divisione riconosciuta del risarcimento sia una delle ragioni che ha contribuito a staccare l'indivisibilità dalla solidarietà, prima nel diritto comune, poi nel diritto civile nostro. Nel diritto giustinianeo il nuovo principio della divisione dell'obbligazione per il caso d'inadempimento è certamente esatto nella sua generalità e non crediamo accettabile nè la limitazione del Savigny, nè quella del Vangerow. Non la legge 72, D., 45, 1, è una curiosità letteraria, bensì la L. 25, § 10, D., 10, 2, rappresenta una distrazione dei compilatori, distrazione perdonabile, perchè la testimonianza di questa legge è bensì chiara, ma indiretta, è facile a sfuggire (1).

---

(1) Salvo forse l'accenno alle cauzioni, non credo pertanto interpolata la chiusa della L. 25, § 10, come ritengono Binder, *Corr. Obl.*, 289 e seg., e Perozzi, *Ist.*, II, 92, n. 5. Cauzione e proroga (specialmente in limiti ragionevoli, che per l'ultima potrebbero esser quelli fissati dal genuino rescritto dei *Divi Fratres*, sono mitigazioni piuttosto innocue, mentre il diritto di richiedere dal creditore stesso il prezzo di stima per le parti dei condebitori e la divisione dell'obbligo in caso d'inadempienza sono principî veramente distruttivi. — Dalla L. 85, § 3, D. *de v. o.*, 45, 1, risulta che per la *poena*, cioè per l'indennizzo preventivo pattuito in denaro ciascuno è tenuto *in solidum*. Nella L. 4, § 1, D. *eod.*, l'inciso *pro portione hereditaria* è interpolato. Del resto la lacuna di questa legge dopo le parole *in solidum peccari non poterit* manifesta che il testo è guasto per opera di soppressioni e interpolazioni dei compilatori.

XXVI.

Premesse critiche sull'ordinamento positivo del condominio (*).

Il condominio così nel diritto romano come nel diritto civile ci presenta agglomerati insieme due sistemi di norme emananti da due fonti, da due principî diversi e veramente contraddittorî. Le norme dell'un sistema sono le più arcaiche, e si potrebbero dire originarie, le altre si sono aggiunte e stratificate in successive epoche storiche, e forse tendono oggi a prevalere: le prime appartengono alla teoria della proprietà, le seconde alla teoria delle obbligazioni. Ma ciò che perpetua la confusione è che il godimento positivo della cosa per parte dei singoli condomini, cioè quell'effetto che sembra più inerente al concetto della proprietà, è reso possibile precisamente dalle norme obbligatorie, non dalle norme reali.

Che da un lato ciascuno dei condomini abbia un diritto indipendente di proprietà sulla cosa, a me sembra innegabile, anche nel diritto moderno. Ma ciò emerge con tanto maggior evidenza risalendo al diritto romano, e sia pur facendo sosta al diritto romano nell'ultima sua fase. Questo è rigoroso nel non considerare giammai la collettività dei soci (l'inciso *si modo toti societati prodest opus tolli* nella L. 26, D., 8, 2, è interpolato e la stessa caratteristica *societas* nel condominio è giustinianea), nell'escludere assolutamente quella espressione genuina dell'organizzazione collet-

(*) Estratto da una recensione ai due studi sulla comproprietà di R. Luzzatto (inserita nella *Riv. di dir. civ.*, vol. I, 1909, pag. 289 e seg. Le aggiunte sostanziali sono tra parentesi quadre.

tiva, che è il governo della maggioranza; il punto di vista romano è assolutamente individualistico, e la sua schietta espressione è il *ius prohibendi* accordato a ciascuno dei condomini. Il condominio romano in conseguenza non può funzionare se non per l'*accordo unanime* (1): il regime più antisociale possibile, anzi prettamente anarchico, al quale, si dice, l'orgogliosa costituzione aristocratica dell'antica Polonia deve il suo sfacelo. Il diritto di ciascun condomino è, insomma, indipendente e uguale. Paradossale è la tesi del Perozzi (2) che questo diritto non sia la proprietà. Il suo argomento fondamentale, sul quale batte e ribatte, è che la proprietà implica il diritto di escludere altri dal godimento, e con questa esigenza sarebbe in contraddizione il condominio. Ma si può rispondere con eguale apparenza di paradosso, ma in realtà con piena giustizia, che ciascun condomino in tanto è proprietario, in quanto ha precisamente il diritto di escludere persino lo stesso condomino dal godimento. Il Perozzi non considera se non il lato positivo della proprietà: e sotto questo aspetto egli avrebbe pienamente ragione di concludere che il condomino non è

---

(1) [Nel diritto romano classico, a nostro avviso, l'accordo unanime aveva in tema di disposizione *materiale* della cosa un'espressione più temperata, in quanto il socio contrastante doveva, per dir così, rendersi diligente ed emettere la *prohibitio*. V. in seguito lo studio sul *ius prohibendi*].

(2) Nello studio sulla comproprietà inserito in *Filangieri*, 1890. Questo saggio critico di fattura veramente squisita non venne forse adeguatamente apprezzato dal Ferrini (*Pandette*, pag. 445, nota 2), perchè, a parte i dubbî sul punto di partenza e sui risultati alquanto paradossali, l'opera di demolizione procede in quello scritto filata e tagliente, e non cade mai nel sofisma. Esso ebbe una recensione sagace da parte dell'Ascoli (*Riv. ital. per le scienze giur.*, XVII, 1891, pag. 415), la quale ne tempera gli eccessi del punto di partenza, in quanto il Perozzi sembra muovere da un concetto della proprietà troppo assoluto, e ottenne, nella parte critica almeno, l'adesione di due forti studiosi, il Manenti (*Concetto della « communio »*, in *Filangieri*, XIX, 1894) e il Bonelli (*I concetti di comunione e di personalità nella teorica delle società commerciali*, nella *Rivista di dir. comm.*, I, 1, 1903). Cfr. anche Coviello L., *La quota indivisa e la sua inespropriabilità*, 1902, pag. 38.

proprietario. Non considera invece il lato negativo, il *ius prohibendi*, il quale non può esser concepito se non come un'emanazione della proprietà.

Ma esso è precisamente nel condominio in tema di disposizione materiale della cosa quasi l'unica emanazione della proprietà, e tale diritto puramente negativo non assicura il pieno godimento della cosa. Questo è garantito da un sistema opposto, che è tutto fondato sull'obbligazione: o l'accordo tra le parti, cioè il contratto, o il precetto positivo e l'intervento del giudice, che creano obbligazioni legali.

Quando il Perozzi osserva che il cozzo di più proprietà sulla cosa fa che si elidano, che non c'è nel condomino altro modo di fare alcunchè sull'oggetto, se non accordandosi coll'altro proprietario, cioè scendendo ad un contratto, egli dice cosa giustissima, purchè invece di elisione della proprietà si ponga, a voler essere scrupolosi, elisione dell'esercizio *positivo* della proprietà. Ma il sistema dell'obbligazione, che assicura veramente l'esercizio positivo della proprietà a ciascun condomino, è, in generale, di origine recente. La quota stessa, il fulcro del sistema obbligatorio (il *ius prohibendi* è indipendente dalla quota), è di origine recente; il condominio si riconnette alla coeredità e al consorzio familiare, e la possibilità di quote disuguali, che dà rilievo alla quota, nella coeredità e nel consorzio familiare non è certo originaria. In tutte le sue estrinsecazioni questo regime si ricollega allo svolgimento dell'*actio communi dividundo*, adibita non più a dividere, ma a regolare il godimento della cosa comune, e questo regime è secondario, in gran parte elaborato dai giureconsulti [o dai compilatori]: l'ordinamento particolare del muro comune è tutto opera della giurisprudenza, il principio della maggioranza si insinua in tema di condominio solo nel diritto moderno. [Gli è appena se qualche lieve spunto circa il principio della maggioranza ci è offerto pur sempre dai compilatori delle Pandette].

Ciò che rende, a nostro avviso, evidente la proprietà, l'obbligazione, il duplice regime e lo svolgimento successivo del sistema obbligatorio è il parallelismo del condominio con la collegialità: parallelismo che il Perozzi insiste a negare, ed è un peccato, perchè l'autorità di un tal romanista ha trascinato dalla sua anche intelletti eminenti, come Bonelli (1). Purnondimeno esso è innegabile. Già la sovranità stessa è istituto parallelo colla proprietà. L'una e l'altra ci offrono le due signorie eminenti nel campo rispettivo. In alcune definizioni (per es. in quella di V. Scialoja, notissima nella scuola italiana) si reputa utile o necessario di separare la proprietà dalla sovranità, soggiungendo alla prima la qualifica: signoria di *diritto privato*. Nel corso della storia, allorchè i rapporti di diritto pubblico e di diritto privato si confondono, la proprietà si fonde con la sovranità: così accadde, com'è noto, nel regime feudale della vecchia Europa. Talvolta può esser dubbio se il diritto sulla cosa sia da qualificare come proprietà o come sovranità. Il parallelismo degli istituti di diritto pubblico e privato ha poi nel diritto romano maggior risalto per esser i due diritti cresciuti sulle stesse basi fondamentali per opera dello stesso popolo. Ciò posto, sarebbe già di per sè ovvio il supporre che la comproprietà romana raffigurasse la struttura della collegialità. Ma io non attribuisco che una limitata importanza a ciò che è verosimile e logico; perchè la storia non è sempre amica della logica. Quel che rileva è che il regime della comproprietà, analizzato in tutte le sue parti, ripete punto per punto il regime della collegialità: ed è un peccato che questa analisi non sia stata fatta. Io non posso qui che abbozzarla. Il console precisamente non può a rigore far nulla, se l'altro console si

---

(1) V. Bonelli, loc. cit. In risposta ad alcune lievi osservazioni su questo forte studio, a proposito del riscontro col diritto pubblico da me invocato il Bonelli mi si dichiarava per lettera nel 1903 non proclive « ad esagerare questo parallelismo del diritto pubblico e privato ».

oppone. Anche nel governo della cosa pubblica ci si offre un regime nichilistico, come nel governo della cosa privata. Ciò che illude e fa supporre l'esistenza di un regime positivo è pur sempre la duplicità del sistema. Se infatti il console agisce e lo Stato romano è governato, ciò deriva dalla serie di espedienti, che si mettono in moto per rimediare al lato nichilistico di questo ordinamento della consovranità, espedienti che resero in pratica, come il Mommsen rileva, un istituto teorico per lo meno l'*intercessio* del collega. L'illusione per altro può svanire solo a considerare che il tribuno, questo sovrano puramente di opposizione, sul quale quegli istituti che rendono possibile il governo collegiale non hanno presa e al cui veto si aggiungono quelle sanzioni di terribili giudizi, che mancano totalmente al veto del console, giunge con l'esercizio del *ius prohibendi* ad arrestare tutta la macchina dello Stato: d'altra parte, come il Mommsen stesso rivela, il veto tribunizio contribuì pure a far decadere nell'uso il veto consolare. Certo, quando niun contrasta, il console comanda *iure imperii;* ma anche il condomino dispone *iure dominii*, quando niun si oppone.

Ma ciò che fa l'analogia concreta e quasi palpabile è la perfetta corrispondenza degli espedienti messi in moto per rendere possibile l'esercizio della sovranità collegiale coi mezzi obbligatorî, per cui si rende possibile il godimento dei singoli condomini.

Essi sono precisamente i quattro seguenti: 1° l'accordo (*comparatio*) dei consoli, che si dividono le funzioni o le esercitano in comune: ed è questo il mezzo primitivo, come è similmente il mezzo primitivo l'accordo tra i condomini; 2° il turno nell'esercizio della sovranità, che noi ritroviamo pure nel condominio (cfr. L. 23, D., 10, 3; L. 35, § 2, D., 19, 1); 3° l'intervento del Senato, corrispondente precisamente all'intervento del giudice; 4° la legge, che in casi eccezionali elimina il veto, come avviene pure nel condominio romano, per es., circa le sepolture.

Finalmente anche in ordine alla collegialità forse la ragione principale, per cui essa in epoca storica sembra funzionare senza inconvenienti, è che in ultima analisi anche nel governo dello Stato si viene alla divisione: il sistema delle *provinciae* è, per dir così, l'*actio familiae erciscundae* della collegialità. Il criterio della maggioranza si insinua solo tardi in alcune funzioni sporadiche del collegio tribunizio, e nel diritto privato (se il testo è genuino) in tema di contutela.

La contraddizione insita nel condominio non si può conciliare: si deve anzi mettere in luce, si debbono analizzare i varî elementi in relazione all'uno e all'altro sistema, raggrupparli, vale a dire, sotto la proprietà o sotto l'obbligazione. Nella dottrina e nella pratica non vi sarà più l'inconveniente e il pericolo che nasce dal ragionare sulla base della proprietà quello che si deve ragionare sulla base dell'obbligazione.

XXVII.

Il " ius prohibendi „ nel condominio (*).

1. Il condominio romano sembra offrire un regime antitetico per quel che riguarda la disposizione giuridica e la disposizione materiale della cosa nel suo complesso.

La disposizione giuridica *pro parte*, quando sia possibile, è sempre lecita al singolo condomino; ciascuno può liberamente alienare, ipotecare, costituire in usufrutto, derelinquere la sua *pars* o quota. Invece la disposizione giuridica *della cosa intera* è sempre vietata al singolo e regolata dal principio del consenso *espresso*, *generale*, della cooperazione di tutti i condomini all'atto. L'esempio tipico è la costituzione di servitù, perchè quivi il compimento dell'atto *pro parte* non è, nemmeno volendo, possibile; ma non mancano esempi in rapporti giuridici diversi, come l'alienazione, la manumissione, la *nuntiatio*, la costituzione di pegno, l'erezione di sepolcri, che è atto giuridico più che materiale, a cagione della religiosità e della conseguente extra-commercialità, che colpisce il sepolcro. Le espressioni delle fonti sono quanto mai concordi e chiare, e merita che vengano riferite nel loro complesso, perchè l'impressione stessa è suggestiva. Talora si afferma semplicemente in forma negativa che un solo dei condomini non può legittimamente compiere l'atto: « *unus ex dominis* manumittendo partem suam amittit (Ulp., *Reg.*, 1, 17); *unus ex sociis* quaestionem habere (de servo communi) *iure non potest*

(*) Dai *Rendiconti del R. Ist. Lombardo*, vol. XLVI, 1913, pag. 665 e seg. Con modificazioni non sostanziali (anche il n. 13 aggiunto non è interamente nuovo) e postilla finale.

(L. 27, D., 10, 3) »: ma di regola il principio si esprime nella forma positiva e non soggetta a equivoci, che dichiara apertamente la necessità del consenso espresso, e, dove occorre, anche formale, cioè della cooperazione effettiva ed eguale di tutti i condomini: « non aliter meum fiet ius quam si *omnes* (*in iure*) *cedant* (L. 11, D., 8, 3); *omnes stipulentur* (L. 19, D., 8, 3); nisi *uterque consentiat* (L. 28, D., 8, 3); *omnes* (*in iure*) *cessissent* (L. 18, D., 8, 4); *omnes consentire debent* (L. 41, D., 11, 7; cfr. anche la L. 3, D., *eod.*, la quale forse nel contesto originario alludeva pur essa al condominio: *ex consensu omnium*); coheredes *praesentes adfuerunt nec dissenserunt* (L. 12, D., 21, 2); *consensu sociorum* (L. 67 pr., D., 17, 2); *omnes nuntiare debent* (L. 5, § 6, D., 39, 1); *omnium voluntatem* esse sequendam (L. 10 pr., D., 39, 3); citra *vestram voluntatem* (L. 7, C., 3, 38) ».

Circa la disposizione materiale della cosa, l'uso della cosa non lesivo della sostanza di essa e del diritto del proprio condomino, consistente negli atti di conservazione, di sfruttamento normale, di godimento moderato, sembra esser lecito a tutti, senza previo accordo, senza tema di opposizione. Ciascuno è libero di coltivare il fondo comune e di raccoglierne i frutti, anzi li fa suoi per la quota di condominio, anche se li abbia percepiti *invito vel ignorante socio* (1). Ciascuno è libero di seppellire in un sepolcro comune (2), di battere *iure domini* o mettere in catene il servo comune (3), di ornare e dipingere il muro comune, detenere un bagno, un camino, persino un forno lungo il muro comune, salvo a garantire il vicino con la *c. d. inf.* per i danni eventuali, il che dovrebbe fare anche se queste applicazioni le facesse lungo una parete propria, anzi il danno che si teme sembra esser talora non tanto il deteriorarsi del muro comune, quanto la ripercussione dell'opera

(1) Jul., L. 25, pr., D., 22, 1.
(2) Marcian., L. 6, § 4, D., 1, 8 = § 9, J., 2, 1.
(3) Ulp., L. 15, § 36, D., 47, 10. Paul., *Sent.*, 4, 12, 5.

del condomino entro la proprietà esclusiva del vicino (1). Ciascuno è libero di applicare scale, vôlte o muri proprî al muro comune, purchè l'opera aderente si regga da sè [*sublato pariete maneat* (Paul.); *possit removeri* (Paul.); *suspendi* (Cic.)] (2). Credo pure indubitato che ciascuno sia libero di restaurare il muro o l'edificio comune: l'attestazione compare in numerosi testi, e il *ius singulare* che vi ha in questa materia sembra unicamente relativo alle vie per conseguire il risarcimento delle spese da parte degli altri condomini. Tuttavia il punto non è pacifico. Lascio poi di considerare il diritto accordato a ciascun condomino di essere seppellito nel fondo comune, che, per mio avviso, è un *ius singulare* costituito dallo stesso Giustiniano (3).

Questo principio dell'uso libero e in un certo senso il criterio-limite sembra espresso da Celso nella celebre L. 5, § 15, D., 13, 6, fondamentale in materia di condominio: « usum... unius cuiusque in solidum esse. Neque enim minus me uti, quod et alius uteretur ».

Ma per quel che riguarda il compimento di atti e opere che intaccano la sostanza della cosa e necessariamente invadono il diritto degli altri condomini, cioè per quel che riguarda quella parte della disposizione materiale in cui per corrispondenza colla disposizione giuridica dovrebbe tornare in campo la necessità del consenso generale, questa

---

(1) Proc., L. 13, § 1, D., 8, 2; Paul., L. 19 pr., D., *eod.* (cfr. anche Proc., L. 13 pr., D. 8, 2); Ulp., L. 27, § 10, D., 9, 2; cfr. Ulp., *Coll.*, 12, 7, 8. Prescindo ora dalla questione se il muro comune abbia un regime *giuridico* eccezionale; il che io non credo.

(2) Paul., L. 19, §§ 1-2, D., 8, 2: Cic., *Top.*, 4, 22. La *refectio* della parete comune non dev'essere impedita, soggiunge Paolo: in caso di demolizione della parete comune, osserva Cicerone, non deve il vicino esser responsabile della ruina della vôlta o del muro appoggiato, avvenuta per vizio proprio.

(3) Cfr. per le interpolazioni evidenti Bonfante, *Ist.*, § 95 (5ª ediz., pagina 295, n. 2). Esse sono rimaste inosservate al Taubenschlag, *Misszellen aus dem röm. Grabrecht*, in *Z. der Sav. Stift.*, XXVIII, 1917, pag. 247 e seg., benchè notate già nelle precedenti edizioni del mio manuale.

necessità non è mai menzionata una sola volta; il concetto che emerge è il *ius prohibendi* (1), il *prohibere* e la *prohibitio* (2) degli altri condomini di fronte all'opera disegnata o iniziata dall'uno. Dietro questa traccia, il regime parrebbe essere, nella sua purezza almeno, il seguente: ciascuno è libero di agire sulla cosa, ma in questa parte egli ha a temere l'opposizione, il veto del condomino. L'applicazione tipica è in materia di costruzioni, cioè l'*aedificare*, l'*opus*, il *facere in solo*.

Il regime del *ius prohibendi* noi lo ritroviamo anche in altre parti del diritto. Ricordiamo la cura collettiva, in cui esso si applica anche agli atti giuridici, e si dice, ad esempio, che ciascuno dei curatori è libero di alienare, salvo che il concuratore non si opponga, nel qual caso l'atto è nullo (3). Ricordiamo sovrattutto i due istituti fondamentali dei rapporti di vicinanza, la *o. n. nuntiatio*, che fa luogo all'interdetto *ex o. n. nuntiatione* (l'interdetto demolitorio dei commentatori) contro il recalcitrante, e la *prohibitio*, che fa luogo contro lo stesso all'*interdictum quod vi aut clam;* nei quali istituti l'applicazione è pur sempre l'*aedificare*, l'*opus*, il *facere in solo*.

Questo sistema, nelle sue esteriori apparenze e nella sua struttura giuridica (lasciando da parte per questo aspetto sostanziale il condominio), sembra avere il suo parallelo nel regime che governa le relazioni tra i magistrati romani. I termini sono gli stessi: *prohibere*, *vetare*, *impedire;* solo il termine *intercedere* (che però ha il significato analogo di frapporsi) è speciale al diritto pubblico. Anche nel diritto pubblico la *prohibitio* deve intervenire prima del compimento dell'atto, il che non esclude che l'atto possa essere iniziato o condotto innanzi, ma esclude pre-

(1) Pomp., L. 27, § 1, D., 8, 2; Marc., L. 11, D., 8, 5; Pap., L. 28, D., 10, 3.

(2) Proc. in Paul. L. 19 pr., D., 8, 2; Paul., L. 26 *eod.:* Marc., L. 11, D., 8, 5, cit.; Pap., L. 28, D., 10, 3.

(3) Jul., L. 7, § 3, D., 27, 10.

cisamente che sia condotto a termine ed esaurito; anche nel diritto pubblico il veto opposto da un solo impedisce di agire e sia pure contro il volere dei più. L'efficacia del veto è sospensiva (1) ed impedisce, come i termini stessi suonano, il compimento dell'atto: nulla si cancella o si abbatte di ciò che è stato fatto, così nel diritto pubblico come nel diritto privato (sempre omettendo il condominio), ma s'impedisce, si arresta ogni operazione ulteriore; finalmente il magistrato ha libertà di agire, se la *prohibitio* non interviene a farvi ostacolo. Al veto del magistrato potremmo anche aggiungere il veto divino, che nella *nuntiatio* fatta

(1) Nel tema del *ius prohibendi* pubblico il Mommsen ha enunciato una particolare teoria, la quale però è stata ripudiata da tutti gli scrittori tedeschi (Karlowa, Herzog, Madvig, e sovrattutto lo specialista della materia, Eigenbrodt). Secondo il Mommsen (*Staatsr.*, I, pag. 266 e seguenti) dal *ius prohibendi*, dalla *potestas impediendi*, come egli si esprime, va distinta l'*intercessio* collegiale, la *potestas intercedendi*, la quale ha luogo di fronte alle proposte di legge, ai decreti e ai senatoconsulti, e ha efficacia cassatoria, non sospensiva, onde può opporsi anche dopo il compimento dell'atto. Anche a nostro avviso, questa teoria non regge. I termini *prohibere* o *intercedere* sono promiscui, e l'efficacia dell'opposizione in qualunque atto è sempre sospensiva. L'*intercessio* può intervenire in qualunque momento (le fonti esemplificano largamente sulla serie dei momenti) per impedire la prosecuzione dell'atto; ma essa è diretta sempre al futuro, in quanto non può impedire se non le operazioni future, e compiuto l'atto, è vana. Se non che pel nostro tema è inutile addentrarsi in questa disamina. Invero (a parte che precisamente il termine *intercedere* non è d'uso nel diritto privato), per quel che concerne gli atti giuridici, cui potrebbero corrispondere le proposte di legge, i decreti, i senatoconsulti, non vige nel condominio il regime del *ius prohibendi*, ma il regime della divisione o del consenso espresso, della cooperazione. Il parallelo si può solo fare in quel campo più vasto, che il Mommsen lascia alla *prohibitio* e alla *potestas impediendi*, come il divieto di parlare, di partire, di celebrare un trionfo od un'ovazione, di tener leve ed arrestare i renitenti, di attaccare battaglia, ecc., cioè in quel campo in cui abbiamo l'attività non propriamente giuridica del magistrato, comparabile alla disposizione materiale della cosa. Notiamo solo che la *prohibitio* è anche collegiale, in quanto nè il tribuno è, a nostro avviso, *potestas maior* di fronte al console, nè è tale certamente il tribuno contro il tribuno. Finalmente, ripeto, il parallelo può essere esteso anche alla *nuntiatio* della volontà divina.

dal magistrato stesso, data specialmente la libertà di mentire la volontà degli Dei, dichiarando che tuona o folgora quando nessuno ode o vede nulla, è quasi una forma del *ius prohibendi* del magistrato.

Se non che il regime dei *ius prohibendi* nella sua purezza non è, in tema di condominio pacifico, chiaro, sicuro, come nel diritto pubblico o negli altri territori del diritto privato in cui compare. Di fronte all'opinione, che applica e richiama il regime parallelo del diritto pubblico, vi ha un'opinione altrettanto rispettabile, che giudica necessario anche nella disposizione materiale della cosa il consenso espresso di tutti i condomini, stima che un condomino non abbia diritto di far nulla se non ha l'adesione preventiva dell'altro condomino, e nega quindi il parallelismo col diritto pubblico. Vi ha testi che negano genericamente ai condomini il diritto di fare; par chiaro che, assumendo alla lettera questi testi, il *ius prohibendi* cessa di essere un istituto giuridico e diviene una pura e semplice formula priva di significato sostanziale, esprimente l'idea banale che chi ha diritto d'essere interrogato e di consentire possiede *a fortiori* quello di opporsi.

Crescono i dubbî e le oscurità, se ci si vuole addentrare nella procedura. Come si assicura l'uso della cosa a ciascun socio nei limiti normali, in cui parrebbe escluso il *ius prohibendi?* Come si garantisce l'osservanza del *ius prohibendi* contro il recalcitrante? Se il regime si dovesse desumere dalla logica della proprietà romana, lasciando fuori ogni analogia di diritto pubblico, ma tenendo presenti solo gli istituti che disciplinano il conflitto dei diritti, nei rapporti reali, se, come parrebbe ovvio, alla *prohibitio* in tema di condominio dovessero far seguito gli stessi rimedî che nel campo della proprietà ora difendono dal *prohibere*, in quanto costituisce una turbativa, ora danno sanzione alla *prohibitio* non rispettata, l'ordinamento processuale e pratico verrebbe a disegnarsi nel seguente modo. L'uso della cosa è garantito a ciascun condomino, per lo meno in ordine ai

beni immobili, e in quanto egli sia possessore, con l'interdetto *uti possidetis*, poichè, com'è noto, proibir l'uso della cosa di cui alcuno gode è turbativa di possesso (1), e, mancando l'*opus novum*, l'*opus in solo factum*, in nessun caso il *prohibens* potrebbe vincerla contro il possessore con l'esperimento dell'*interdictum quod vi*. Invero i lavori necessari o normali, il *fulcire vetus aedificium*, l'*opus colendi agri causa factum*, il compiere in breve un'operazione che non muti la *pristina facies* dell'edificio e del luogo, non ricadono nè sotto la *nuntiatio*, nè sotto la *prohibitio*: non fanno luogo agli interdetti corrispondenti. Ma il compimento di opere, cioè precisamente l'*opus novum*, l'*aedificare*, contro il divieto, cade sotto l'interdetto *quod vi*, poichè è *vi factum* ciò che alcuno *contra quam prohiberetur fecerit* (2). L'interdetto *quod vi*, non altrimenti che l'interdetto demolitorio, si appunta precisamente contro le costruzioni. D'altra parte chi ha eseguito *legittimamente* la *prohibitio* può anche di propria mano (*per manum*) distruggere l'opera, vale a dire gli è lecita l'autodifesa, che nello stesso diritto moderno ha il suo campo in tema di collisione di diritti (per es. in materia di concorrenza sleale). Ma di questo ordinamento processuale, in cui le due chiavi di volta sarebbero l'interdetto *uti possidetis* e l'interdetto *quod vi*, non vi ha tracce perspicue in materia di condominio.

L'interdetto *uti possidetis* è menzionato solo in uno e forse in due testi molto oscuri e certamente alterati (3). L'interdetto *quod vi aut clam* è menzionato pur esso in un testo solo, nell'applicazione alle *arbores succisae* dall'uno dei condomini (4), una specie, peraltro, in cui pare che l'interdetto si invochi non come sanzione della *prohibitio* violata,

---

(1) Ulp., L. 3, § 4, *in fine*, D., 43, 17; Ulp., L. 8, § 5, *in fine*, D., 8, 5; Pomp., L. 11, D., 43, 16.

(2) Ulp., L. 1, § 5, D., 43, 24.

(3) Ulp., L. 12, D., 10, 3; Ulp., L. 3, § 9, D., 43, 17.

(4) Ulp., L. 13, § 3, D., 43, 24.

cioè come reazione alla *vis*, ma contro opere eseguite *clam*. Si può forse ritenere altresì che all'interdetto *quod vi* (o anche all'uno o all'altro indifferentemente) alluda con le parole *per praetorem* il testo in cui si nega la *o. n. n.* al condomino contro il condomino (1).

L'autodifesa (*per manum*) è menzionata pure insieme con l'interdetto, ma con un'apposizione, che ne oscura o ne distrugge il senso (2). Finalmente si discute sull'azione negatoria, e sembra che questa fosse rifiutata pel motivo che non si può parlare di servitù del condomino sulla cosa comune (sulla cosa sua, dicono i testi) (3): d'altra parte la azione negatoria è, pel fine di inibire l'opera che si sta facendo, insufficiente.

Il sistema invece che campeggia nelle nostre fonti è l'esperimento dell'*actio communi dividundo*. E l'*actio communi dividundo* è data non solo per impedire l'esecuzione dell'opera (*quo minus opus fiat*), ma altresì per distruggere l'opera eseguita contro il divieto; viceversa, colla stessa azione si ottiene anche di mantenere l'opera eseguita, quando essa è utile alla cosa comune, e di distruggerla o almeno indennizzare il danno, anche quando non è stata fatta opposizione in tempo. Costruire un regime sicuro e scevro di contraddizioni nel diritto giustinianeo non è agevole; più malagevole ancora è ricostruire il regime classico, se queste oscurità e queste contraddizioni sono l'indice di alterazioni da parte dei compilatori (4). Posta così la questione, noi

---

(1) Ulp., L. 3, § 1, D., 39, 1. Cfr. anche Ulp., L. 5, § 10, *eod.*

(2) Ulp., L. 5, § 10, D., 39, 1, interpol. Cfr. anche Ulp., L. 6, § 1, D., 8, 5, interpol.

(3) Paul., L. 26 pr., D., 8, 2.

(4) Non è forse inutile osservare che la disposizione materiale della cosa è precisamente la parte in cui la comunione del Codice civile ha accolto fino ad un certo segno principî nuovi divergenti dall'ordinamento e dallo spirito della comproprietà romana. Per le innovazioni vige bensì il regime probabilmente giustinianeo dell'unanime preventivo consenso (Cod. civ., art. 667), ma per l'amministrazione e il miglior godimento della cosa comune noi abbiamo organizzato l'insieme dei

abbandoniamo il terreno della discussione dommatica e storica, proponendoci di fare un esame dei testi relativi alla materia.

2. L. 26, D. *de serv. praed. urb.*, 8, 2: PAULUS, *libro quinto decimo ad Sabinum*: « In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit [*quaedam omissa a Trib.*].

Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit.

[Sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli] ».

Come nella compilazione giustinianea, così anche nel contesto genuino questo frammento appartiene alla trattazione *de servitutibus* (LENEL, 1880). Esso consta di tre periodi, che rappresentano tre parti ben distinte, così poco concordanti tra loro che soltanto il rispetto per la personalità del giureconsulto può spiegare come un ragionamento, il quale ha una pura concatenazione estrinseca, stabilita dalle particelle *itaque* e *sed*, sia stato per lungo tempo così immune da attacchi; anche la critica moderna non mi sembra essersi messa sulla giusta via, poichè, se il testo è interpolato, esso è certo più largamente, a nostro avviso, mutilato. Nella prima parte il giureconsulto in forma corretta nega che il condomino possa fare alcunchè sulla cosa comune, ovvero opporsi al condomino agente, fondandosi sopra un diritto di servitù, *iure servitutis;* nega quindi la così detta *actio confessoria*, cioè la *vindicatio servitutis*, applicando

---

condomini come una persona in cui la maggioranza, determinata dalla entità degli interessi, decide (Cod. civ., art. 678). Di questo sistema non vi ha in diritto romano che qualche vago accenno in testi interpolati e in applicazioni eccezionali (L. 5, D. *fam. erc.*, 10, 2: qui *maiore ex parte* heres sit; ex consensu *vel suffragio* [interpol., a mio avviso] eligendus, etc). Cfr. anche L. 8-9, D., 2, 14 (interpol.).

alla *res communis* il principio che nessuno può avere un diritto di servitù sulla cosa propria. Come conseguenza di questo enunciato, il testo soggiunge: quindi a cagione delle assidue liti per lo più si giunge alla divisione. Ma qual connessione intrinseca ha questo ragionamento colla negativa di un diritto di servitù sulla cosa comune a favore dei condomini? Non vi ha forse altro modo per assicurarsi il godimento della cosa comune, non vi ha altro modo di regolare i rapporti tra condomini che quello di ammettere un diritto di servitù sulla cosa comune?

La terza parte alla sua volta è in contrasto con la seconda: a quello stato di cose che era dato come disperato, che conduceva fatalmente alla divisione, il rimedio c'è, ed è l'*actio communi dividundo*, non già intentata per dividere, ma per conseguire che un'opera non si faccia o che si distrugga il già fatto; della facoltà di fare non si parla, ma si aggiunge che eventualmente il giudice mantiene l'opera, se giova all'insieme dei condomini.

È questo il testo principe, in cui l'azione *communi dividundo* è invocata a regolare i rapporti tra condomini nel godime nto della casa comune, a disciplinare il conflitto de varî dominî nella loro esplicazione concreta.

Ma è questo il testo ai nostri giorni più profondamente attaccato dalla critica.

L'inciso finale *si modo*, etc., per lo stile, pel tono e il carattere della restrizione fu già appuntato dal Segrè (1). *Societas* per l'insieme dei condomini non si ha che in questo testo e in un altro egualmente sospetto (L. 14, §§ 3-4, D., 10, 3, ove del resto pare che si alluda piuttosto alla *societas* contratto obbligatorio). Il Pernice (2) asserì l'interpolazione di tutto il periodo finale, mettendo in luce la

---

(1) *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. VIII, 1889, pag. 151, n. 193; pag. 374. In seguito, ma indipendentemente, rilevò questa interpolazione il Lenel, nella *Palingenesia* (Paul., 1880, n. 2).

(2) *Zeitschr. der Sav. Stift.*, vol. XIX, 1889, pag. 173, nota 3.

sconcordanza con quello che precede e il brutto mutamento di soggetto. Potremmo forse anche soggiungere che il *quominus* non è grammaticalmente corretto, non venendo dopo un verbo di impedimento. Il Berger (1) approva così l'interpolazione del Segrè, come quella del Pernice.

Ma queste interpolazioni non sanano tutto il male. In un ampio e bello studio critico sull'opera del Berger l'Arangio-Ruiz si è appigliato al partito di ritenere interpolato anche il secondo periodo: *itaque - pervenit* « frase enfatica e contrastante con le parole che precedono, scritta evidentemente a motivazione della riforma legislativa ». Ora io ritengo sicure le interpolazioni del Segrè e del Pernice. Anche a voler esser rigidamente conservativi e ammettere l'*actio c. d. manente communione*, osservo che nel titolo dedicato all'azione questo fine di demolire o proibire un'opera non compare mai. L'azione comprende le *impensae*, i *damna* e i *lucra*, e il suo contenuto si può rappresentare con la L. 3, D. *comm. div.*, 10, 3, di Ulpiano: « In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est, sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi ».

Può essere che questa legge sia stata rimaneggiata dai compilatori, ma non certo nel senso di restringere il contenuto dell'*a. c. d.*

Non egualmente sicura io ritengo l'interpolazione supposta dall'Arangio-Ruiz. È vero che il periodo *itaque - pervenit* contrasta pur esso con quanto precede. Ma se questa parte non ha senso in bocca al giureconsulto così com'è collocata, meno ancora ne avrebbe in bocca a Giustiniano, perchè, oltre alla stranezza di far dipendere lo stato disperato delle cose dall'impossibilità di accordare un diritto di servitù sulla cosa comune, vi sarebbe per Giustiniano un altro illogismo: di affermare uno stato disperato quando

(1) *Teilungsklagen*, pag. 232 e seguenti.

egli il rimedio lo ha così pronto. Osserviamo poi che nella forma apodittica in cui la frase è redatta non può valere come una motivazione di una riforma, che tutto sana, nè infine simili dichiarazioni sulle discordie ed i conflitti della comunione sono nuove nei nostri testi (1).

La nostra opinione a questo riguardo è, ripeto, che il guasto sia derivato dalle soppressioni non meno che dalle interpolazioni. Il primo periodo è senza dubbio genuino. Esso ci presenta la dichiarazione completa e precisa che il condomino non può agire o proibire *iure servitutis*.

Questa dichiarazione, che è per noi un cardine critico, ci si presenta in testa a un brano del commento di Paolo a Sabino, e ci offre quindi, probabilmente, il principio sabiniano. Ma il giureconsulto, dopo aver stabilito che il condomino non può nè garantirsi il pacifico e indisturbato compimento di atti positivi sulla cosa comune, mediante la costituzione di una servitù, nè impedire l'opera del condomino sulla base di un diritto di servitù, dopo aver escluso l'azione confessoria e probabilmente anche la negatoria, doveva descrivere il vero modo classico con cui si disciplinavano i rapporti fra i condomini. Non è lecito *facere iure servitutis*, ma è lecito, per lo meno entro certi limiti, il *facere iure dominii:* non è lecito *prohibere iure servitutis*, ma è lecito certamente *prohibere iure dominii.* Doveva altresì descrivere il modo di far rispettare il *facere* e il *prohibere* e il procedimento per cui, almeno di fronte ad un *opus novum*, il *prohibere* ottiene prevalenza o *per manum* o *per praetorem*. Posto così il conflitto tra il *facere* e il *prohibere*, posta l'impossibilità di garantirsi in ogni caso il fare e di assicurarsi la facoltà di fare o di proibire mediante la costituzione di servitù, è lecito allora soggiungere che il condominio è un regime di liti eterne, per cui

(1) Cfr. nella L. 17, § 20, D., 31, l'allusione alle discordie, *quas materia communionis solet excitare.*

si viene fatalmente alla divisione: ed ecco restituita la vera concatenazione del frammento.

Nel diritto giustinianeo il testo pone il principio che l'*actio communi dividundo* non solo può servire a far distruggere ciò che si è fatto (e indipendentemente, dobbiamo supporre, dalla *prohibitio* effettiva, che più non è menzionata), salvo che ciò che si è fatto sia riconosciuto dal giudice utile per la comunione, ma può anche servire a impedire che in qualunque modo si faccia (*quo minus opus fiat*). Più che una diminuzione dell'efficacia del *ius prohibendi*, come io vi ebbi a scorgere (1), abbiamo nel testo una vera demolizione, la quale sfugge soltanto, perchè operata in modo tacito, mediante soppressioni e mediante l'emergere di quello che vedremo essere costantemente il *deus ex machina* del condominio giustinianeo, l'*actio communi dividundo*, da intentarsi precisamente *manente communione*.

3. L. 11, D. *si serv. vind.*, 8, 5: Marcellus, *libro sexto digestorum*: « An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure [servitutis? Marc.] aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit (num possint *dett.*) cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. (*quaed. omissa a Trib.*) et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur, ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit » [?].

È il testo su cui sembra fondarsi di preferenza il più vivace sostenitore della necessità che il condominio sia messo in moto dalla volontà concorde dei condomini. Il

(1) *Istituz. di dir. rom*, 5ª ediz., pag. 235, nota 2.

Perozzi, dopo aver sottoposto a lunga critica la L. 28, D., 10, 3, che è ritenuta il fulcro della dottrina pura del *ius prohibendi*, riporta la chiusa della legge di Marcello (*et magis dici potest*, etc.) e soggiunge a commento le parole seguenti:

« Domando se si può dire più chiaramente di così che il socio ha un solo diritto che esercita per sua sola volontà, ossia il diritto di proibire; ma *non ha quello di fare*, e non lo ha perchè ogni suo fare è un'invasione del diritto dell'altro socio. Domando ancora se, ciò posto, non scende come conclusione *la necessità che consenta l'altro socio* al fare, perchè il fare non sia più un *praeripere* il suo diritto » (1).

La chiusa del testo di Marcello ha un colorito oscuro e un andamento strano; ma non si può negare che nel complesso essa sia acconcia a produrre l'impressione che ci è rappresentata con vivezza in queste parole del Perozzi. Il *ius faciendi* del condomino pare negato, e considerato quasi (*quodammodo*) come un'invasione dell'altrui diritto.

Ma per poco che l'attenzione si fermi su questa chiusa, essa appare sorprendente, non tanto a cagione della tesi di cui sarebbe fautore Marcello, secondo l'avviso del Perozzi, quanto a cagione di quella della quale è tiepido avversario. Sembra infatti che Marcello combattesse un'opinione non solo in contrasto aperto con la teoria del consenso, ma ben più radicale ancora della teoria del *ius prohibendi* nel suo proprio senso, cioè della teoria che la *prohibitio* realmente emessa abbia prevalenza sul *ius faciendi:* un'opinione, dico, secondo la quale il condomino avrebbe la possibilità di veder riconosciuto il suo diritto al fare anche in onta al divieto avanzato (*an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare*): e contrasta a questa opinione, per tutti noi così eretica, in modo troppo blando, troppo mite, con un'esitanza e una timi-

(1) Perozzi, in *Mélanges Girard*, II, pag. 378.

dezza impressionanti: *et magis dici potest... quia magis ille qui facere conatur*, etc.

In realtà non si può isolare la chiusa del testo dalla prima parte, e l'esegesi del Perozzi (almeno dal punto di vista del pensiero del giureconsulto, indipendentemente dalla compilazione giustinianea) pecca per questo vizio. Il giureconsulto tratta non tanto del *ius prohibendi* estragiudiziale e del suo valore, quanto del modo di ottenere una dichiarazione giudiziale sul diritto di fare o di proibire (*agere... ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse*).

La prima parte del testo si apre con una serie di questioni, e già le prime parole sembrano contraddire quello che è il motivo costante del Perozzi, pel quale *invitus* significa chi non consente, e favorire la teoria del Fadda (1), che *invitus* significhi, secondo i casi, ora chi non consente, ora chi si oppone. La voce *invitus*, infatti, non altrimenti che la nostra voce *malgrado*, nel suo valore generico ed ambiguo può alludere tanto all'una quanto all'altra relazione tra le parti: onde i Romani sono talora costretti a soggiungere se l'espressione *invitus* significa nella specie *qui non consentit* ovvero *qui contradicit*. Ora sembra che anche Marcello siasi nella specie preoccupato di evitare equivoci sul senso dell'*invitus*, e a tagliar corto a ogni dubbio spiega: « an *invitis* ceteris... *idest* an *si prohibeatur* a sociis ». Il *socius invitus* è adunque il *socius prohibens*.

Le questioni che il giureconsulto si propone sono tutte di natura processuale: se nelle singole ipotesi fatte dal giureconsulto competa una data azione e se si possa agire con una data *intentio*. Umile è in generale, al confronto con l'indirizzo del nostro pensiero, il punto di vista dei giureconsulti romani: essi discutono precisamente se una data azione nella specie si possa intentare o meno. Ed è Giustiniano che sostituisce spesso (ciò non sarà mai abba-

(1) *Studi per Brugi*, pag. 145.

stanza ricordato anche come criterio per rilevare le interpolazioni) il punto di vista materiale al punto di vista processuale. Quale sia l'azione di cui Marcello ragiona è gravemente controverso. Io concordo peraltro pienamente col Segrè (1) nel ritenere del tutto inverosimile, nonostante la rubrica del testo di Marcello, che quest'azione fosse l'*actio pro socio* (Schott, Siber). La formula *ius sibi esse* con troppa evidenza allude ad un'azione *in rem*, e che Marcello non guardi alle formule, bensì al diritto materiale, come asserisce lo Schott (2), è un espediente disperato e fallace. L'idea del Lenel che il ragionamento sia sul processo che si lega alla *o. n. n.* (cioè sulla procedura della *remissio*) è stata abbandonata dall'autore stesso, nè giova insistervi: da quanto noi sappiamo, tra condomini non è possibile la *nuntiatio* e il processo relativo. Invece non soltanto le formule, ma la rubrica stessa del titolo delle Pandette mostra che i compilatori hanno veduto nel contesto una discussione sulle azioni di servitù, e il testo sembra offrire l'*intentio* tanto della *vindicatio servitutis* o azione confessoria (designazione questa dei compilatori, secondo le acute indagini del Segrè), quanto della negatoria o della misteriosa azione proibitoria (3). Anche l'*invitis ceteris* è ricalcato evidentemente sull'*invito altero* della formula della negatoria (4).

Se non che alle varie questioni proposte il testo non risponde. Esso si chiude con una dichiarazione campata in aria sulla prevalenza del *ius prohibendi* al *ius faciendi*. Il testo reca più indizi che potrebbero alludere ad un rimaneggiamento da parte dei compilatori: vi è un mutamento di soggetto nella prima parte, per il quale i soci oppo-

---

(1) *La denominazione di « actio confessoria »* ecc., in *Mélanges Girard*, II, pag. 528, nota.

(2) *Das « ius prohibendi » und die « formula prohibitoria »*, pag. 59.

(3) *Mél. Girard*, loc. cit. Il Beseler, *Beiträge*, I, pag. 79, impugna come glossema antegiustinianeo le parole *idest an - ita aedificatum habere*, alle quali si riconnette la leggenda (così egli opina) della *formula prohibitoria*.

(4) Lenel, *Ed. perp.*, 2ª ediz., § 73, pag. 189.

nenti, che sono varî, diventano un solo nel seguito del discorso, il socio edificante, che prima compare in terza persona (*sibi*, *cum eo*, *illi*), entra in seconda persona (ius *tibi* non esse), vi è qualche corruzione (*non* per *num* o *an*), vi è nella seconda parte qualche frase di dubbio sapore classico (*et magis dici potest; iure communi* invece di *re communi*, ecc.). Il Segrè dubita che il testo, profondamente alterato nella prima parte, sia tutto di conio dei compilatori nella chiusa: *et magis dici potest*, etc. A me non pare di poter seguire interamente l'acuto collega in questa via. A me sembra che la prima parte, se pure non è stata immune dall'opera dei compilatori (1), presenti una serie di questioni perspicue, precise, di natura processuale, quali potevano e dovevano esser fatte da giureconsulti romani. Malgrado i rimaneggiamenti, è un bel cappello con un periodare stringente e rapido, incalzantesi, che termina in un perentorio *quaeritur*. La chiusa invece è aerea e stonata. Alla domanda precisa « se la tale o tale altra azione competa » si risponde che il *ius prohibendi* è più forte del *ius faciendi;* mentre il punto di vista è nell'esordio schiettamente romano, cioè processuale, la chiusa ci offre un punto di vista materiale, in cui tutta la sostanza delle questioni proposte svanisce.

Ciò posto, io credo semplicemente che i compilatori con una lieve alterazione abbiano spostato la discussione dai suoi veri termini e quindi tagliato corto a tutto il discorso di Marcello in risposta alle singole questioni. A buon diritto lo Steinlechner (2) reputa che si debba intendere *iure* nel senso di *iure servitutis:* ma io credo, come altra volta ne avanzò un vago sospetto il Segrè (3), che dopo

---

(1) Si potrebbe ritenere che l'azione proibitoria (se esisteva) si fondasse sul proprio diritto di proprietà, la negatoria sulla libertà del fondo, e quindi questa soltanto si affermasse come negativa di un diritto di servitù (v. però in seguito nel testo).

(2) *Das Wesen der « iuris communio »*, II, pag. 183.

(3) *Riv. it. per le scienze giur.*, vol. VIII, 1889, pag. 374, nota 555.

l'*iure* sia stato dai compilatori cancellato *servitutis*. Il testo di Marcello, come quello di Paolo, trattava del *ius servitutis*, anzi in particolar modo imperniava il discorso sulle azioni di servitù. Una questione sul diritto di servitù (sulle azioni relative, per i giureconsulti) si converte nel diritto delle Pandette in una questione sul diritto di fare e di proibire del condomino e sulle azioni del condomino per far valere il proprio diritto di fare e di proibire: questione che ad un giureconsulto classico doveva riuscir singolare, perchè il proprietario, quando altri agisce nel suo, può esercitare di fatto la *prohibitio* e respingere l'invasione, senza alcun bisogno di ottenere una dichiarazione giudiziale sul *ius prohibendi* (1).

Quel che rimane della chiusa non è interamente di conio dei compilatori; *ut dixi* non può essere stato aggiunto da essi, anzi, poichè questa frase è oramai senza relazione, essa ci offre un indice nuovo, se occorre, della soppressione operata dai compilatori. Che cosa dicesse Marcello nel testo genuino e come nel trattato dell'*actio pro socio* fosse indotto a discorrere della negatoria e della confessoria, non è facile indovinarlo. È possibile che egli, dopo aver discorso di un'ipotesi di condominio fondata sopra un rapporto di società e del modo di regolare mediante l'*actio pro socio* il godimento della cosa (2), venisse a discu-

---

(1) Questa dichiarazione, infatti, compare soltanto in tema di *o. n. n.* nel processo di remissione, che a questa segue, qualora il denunciato non si accheti alla *nuntiatio* (L. 1, D. *de o. n. n.*, 39, 1; L. 1, D. *de rem.*, 43, 25); ma compare precisamente perchè la *o. n. n.* reagisce contro le opere fatte nel fondo vicino, non già nel fondo proprio (L. 5, D. *de o. n. n.*, 39, 1).

Io credo altresì che la grave disputa che nasce nel tema dell'interdetto *quod vi a. c.*, nonostante il chiaro tenore dei testi fondamentali, che escludono la prova del *ius prohibendi*, si risolva con questa distinzione: che l'interdetto si appunta di regola contro chi non possiede e fa opera nel mio. Ma se un possessore fa opera nel suo, egli mi costringe con la *exceptio quod non tu vi fecisti* a dare la prova del diritto.

(2) Cfr. L. 52, § 9, D., 17, 2.

tere il modo di regolare il godimento stesso indipendentemente dall'*actio pro socio*.

Ma qui evidentemente i compilatori hanno riscontrato tutto un sistema di regolare i conflitti eventuali ed un procedimento che non corrispondeva alle loro idee. Marcello non doveva limitarsi ad ammettere o negare l'azione confessoria o negatoria nel condominio, ma doveva forse riconoscere il *ius faciendi* di ciascun condomino col limite della *prohibitio* e spiegare il meccanismo della *prohibitio* colle sue conseguenze dell'autodifesa, che può anche prescindere dalla *prohibitio*, o dagli interdetti, mentre i compilatori vogliono oramai regolato il condominio su diverse basi. Soppressa quindi ogni risposta del giureconsulto, i compilatori ne hanno serbato la dichiarazione finale: con opportune alterazioni anche in questa, giacchè per lo meno al posto dell'irregolare *uti iure communi* si dovrà restituire probabilmente *uti iure* (*dominii vel servitutis re*) *communi*, e *invito altero* invece di *quasi solus dominus*.

In conclusione, peraltro, da questo testo non si può desumere nulla di positivo pel diritto classico, e pel diritto giustinianeo si può forse asserire che i compilatori hanno svisato le dichiarazioni relative al *ius prohibendi*, convertendole in una negativa del *ius faciendi*.

4. Insieme col testo di Marcello per analogia di argomento merita di esser considerata la seguente legge di Giavoleno:

L. 4, D. *de serv. leg.*, 33, 3: Iavolenus, *libro nono epistularum*: « Si is qui, duas aedes habebat, unas mihi, alteras tibi legavit et medius paries, qui utrasque aedes distinguat, intervenit, eo iure eum communem nobis esse existimo, quo, si paries tantum duobus nobis communiter esset legatus, ideoque neque me neque te agere posse ius non esse alteri ita (trabes *scr.*) immissas habere: nam quod communiter socius habet, et in iure eum (eodem iure alterum ? Iav.) habere constitit: [itaque de ea re arbiter communi dividundo sumendus est] ».

Il testo nega recisamente l'*actio negatoria* nelle relazioni tra condomini in ordine al *paries communis*, soggiungendo alla decisione la motivazione. Questa motivazione è corrotta o abbreviata dai compilatori. Il Mommsen propone di emendare la parte guasta leggendo: *item iure me habere:* io, nell'edizione italiana del Digesto, ho proposto *eodem iure alterum habere.* Le due correzioni hanno la stessa tendenza, la quale emerge dalla lettura del testo: di stabilire che ciascuno dei soci è *dominus* della cosa, e quindi non può l'esercizio del suo diritto esser considerato dall'altro come una turbativa e un'invasione del proprio. Ma esse ci rappresentano forse più il pensiero classico che non il pensiero giustinianeo. Ed è anche possibile che le parole *et in iure* siano genuine, e i compilatori abbiano operato alterazioni o soppressioni, che hanno buttato all'aria formule processuali o enunciati troppo rigidi circa il diritto autonomo di ciascun condomino. Avuto riguardo ai testi precedentemente esaminati di Marcello e di Paolo e più ancora alla L. 28, D., 10, 3, di Papiniano, che dovremo esaminare, si potrebbe forse ricostruire questo inciso, così guasto per opera dei compilatori, nel tenore seguente: « nam, quod *in re communi* socius habet (le *trabes immissae* nella specie in questione) *dominii, non servitutis* iure eum habere constitit ».

Sulla genuinità delle ultime parole in cui si fa intervenire a risolvere il conflitto d'interessi l'*actio communi dividundo* ho gravi dubbî (1). L'*actio communi dividundo* sembra da escludere nel diritto classico *manente communione*, pel regolamento dei rapporti tra condomini, senza operare la divisione della cosa (2). L'Arangio-Ruiz dubita

(1) Cfr. per le possibili spiegazioni Pernice, *Zeitschr. der Sav. Stift.*, vol. XIX, 1898, pag. 174, e Berger, *Teilungsklagen*, pag. 239.

(2) Certo la travagliatissima L. 14, § 1, D. *comm. div.*, 10, 3, già emendata dal Cuiacio, il quale inseriva un *non* innanzi a *manente rei communione*, è di quelle di cui al giorno d'oggi si può ritenere sicura la interpolazione nel periodo che si chiude colla frase *manente com-*

altresì che debbasi attribuire ai compilatori anche l'organizzazione autonoma delle *praestationes*, onde il carattere misto (reale e personale) delle azioni divisorie (1). È inutile tuttavia pel nostro tema assumere senz'altro come accertati i concetti più radicali o accogliere i risultati di una critica troppo congetturale e per ora non proseguita in modo da eliminare tutte le difficoltà: basta tenersi a quello che è assolutamente sicuro. L'*obligatio quasi ex contractu* in base alla *communio* è il quasi-contratto di conio più sicuramente giustinianeo: essa è menzionata soltanto nelle Istituzioni (§ 3, J., III, 27), mentre è assente nella L. 1, D. *de o. et a.*, 44, 7, di Gaio, modello e fonte assai dubbia della categoria dei quasi-contratti. Aggiungi che i testi relativi alla *communio incidens* (L. 24, § 16, D., 10, 2, e L. 31, D., 17, 2) sono gravemente sospetti. Queste circostanze permettono di nutrire dubbî su qualunque applicazione esorbitante o singolare dell'*actio c. d.* Volendo avanzare una congettura, si potrebbe supporre che il testo contenesse nella chiusa dichiarazioni relative alla *prohibitio* e all'interdetto *quod vi*, e, tolta la frase *communi dividundo*, le parole conservate si riferissero all'*arbiter* della *formula arbitraria* nell'interdetto *quod vi*. Ma è meglio esercitare l'*ars nesciendi*.

5. L. 28, D. *comm. div.*, 10, 3: Papinianus, *libro septimo quaestionum:* « Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure (servitutis, Pap.) facere quicquam invito altero posse (*omissa quaedam a Trib. veluti haec:* iure dominii posse, quatenus rei communi non noceatur). unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem

---

munione. Vitruvio (II, 8) parla bensì di *arbitri communium parietum*, ma questi non sono certamente gli arbitri *communi dividundo;* si tratta di arbitri invocati per stabilire il valore delle pareti comuni e gli indennizzi da prestare, probabilmente quando sia necessaria la demolizione del *paries communis*. Cfr. anche L. 38, § 2, D., 39, 2.

(1) Cfr. Arangio-Ruiz, *Appunti sui giudizi divisorî*, in *Riv. ital. per le sc. giur.*, 1913, vol. LII, pag. 231 e seguenti.

causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, [si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur] ».

Nel libro VIII delle questioni Papiniano trattava delle servitù e delle azioni divisorie. Il Lenel colloca il testo sotto la rubrica dell'*actio communi dividundo* (P. 140), ed è l'unico testo estratto direttamente da Papiniano che sia inserito in quella rubrica. Nulla impedisce, peraltro, che la *quaestio* di Papiniano fosse fatta in tema di servitù.

Come la legge di Marcello è il fulcro della teoria del consenso, così questa legge di Papiniano è il fulcro della teoria del *ius prohibendi* nella sua purezza e del parallelismo col diritto pubblico. Essa formula il *ius prohibendi;* essa formula nettamente la sua assoluta prevalenza.

Tuttavia, come la legge di Marcello con la sua equivalenza tra *invitus* e *prohibens*, con la sua posizione delle questioni, con le sue dichiarazioni (per quanto turbate dalle alterazioni e dalle soppressioni giustinianee) sul *ius aedificandi* e sul *ius prohibendi* dei singoli condomini, con le sue esitanze, potrebbe esser invocata dai sostenitori del *ius prohibendi*, in quanto par dimostrare che il *ius aedificandi* vige nel condominio e soltanto cede al *ius prohibendi*, e non è *invitus* se non il *prohibens*, così questa legge può esser invocata dagli avversari del *ius prohibendi* ed è stata effettivamente rovesciata nel suo significato dal Perozzi con rilievi in gran parte arguti, se pure in parte eccessivi. Il condomino non può *facere* QUICQUAM *invito altero.* A rigore anche l'uso della cosa, anche il più moderato esercizio del suo diritto, non gli sarebbe lecito in onta al volere del proprio condomino. Certo la frase *invito altero* potrebbe, come nella L. 11, D., 8, 5, di Marcello, essere intesa nel

senso di *prohibente altero*. Se non che l'inciso successivo — *unde* manifestum est prohibendi ius esse — non sembra troppo in armonia con questa interpretazione. Il *ius prohibendi* (nota accortamente il Perozzi) non è un principio, ma una conseguenza (*unde*) del principio che nulla è lecito fare al singolo condomino *invito altero*, il che, al contrario di quel che accade nel testo di Marcello, sembra favorire la più rigida interpretazione: *non consentiente altero*. Sarebbe, non diremo un'impossibile tautologia, ma un chiarimento eccessivo in bocca al Tacito dei giureconsulti questa frase: « in re communi neminem iure facere quicquam *prohibente altero* posse: unde manifestum est *prohibendi ius* esse ».

Nel seguito del frammento le cose si complicano; ma nondimeno il regime del *ius prohibendi* è ben lungi dall'esser serbato nella sua purezza. L'impossibilità di opporre la *prohibitio* equivale nel testo alla *prohibitio:* anche l'assenza del condomino equivale in sostanza alla *prohibitio*. Non si può, invece, se non si è opposta la *prohibitio* (salvo sempre il caso d'impedimento o di assenza), costringere il condomino edificante a rimuovere l'*opus;* ma si può conseguire pur sempre il risarcimento del danno con l'*actio communi dividundo*. Però in caso di assenza si può esigere la demolizione dell'opera, sembra, solo quando l'opera sia lesiva (*ad laesionem eius fecerit*), il che pare l'eco della facoltà attribuita al giudice dalla L. 26, D., 8, 2, di non ottemperare all'istanza per la demolizione quando la distruzione dell'opera non giovi alla comunione. Non si sa perchè si distingua l'assenza da ogni altro legittimo impedimento che ha reso impossibile l'effettiva *prohibitio:* e, a rigore, le risposte sono contraddittorie, perchè l'impedimento legittimo attribuisce il diritto di far togliere l'opera in ogni caso, mentre l'assenza attribuisce esplicitamente questo diritto soltanto se l'opera è fatta *ad laesionem*. La contraddizione si può risolvere in base ai principî del diritto giustinianeo, ma non in base a questo testo. Soltanto l'acquiescenza del socio presente e in condizione di impedire,

ovvero il suo consenso, mantiene l'opera ed elimina così il diritto di ottenere la demolizione, come quello di conseguire il risarcimento del danno.

Il regime, come si vede, non è nè semplice, nè molto coerente, nè formulato in forma chiara e precisa. Il concetto del *ius prohibendi* non si vuole interamente rinnegare, ma esso è circondato da un tal complesso di norme complementari che si può ritenere praticamente annichilito. La stessa oscurità e incoerenza delle decisioni, la facilità di rovesciare il valore delle singole leggi rivela uno stato malsano dei testi.

Il primo a sospettare l'interpolazione anche in questo testo è stato il Segrè dalle parole *sed etsi*, etc., in poi, che abbracciano tutta quanta la seconda parte (1). I vizi sono molteplici: *in communi* invece che *in re communi;* perpetua confusione di soggetti sia nei periodi successivi, sia tra proposizione principale e proposizione dipendente; successione di particelle (*sed etsi; et ideo; sin autem; quod si*; *tunc etiam*) e di forme di uno stesso verbo (*potest*, *poterat*, *poterit*); *hoc praetermisit* per *non prohibuit; et ideo* dove si aspetterebbe un *sed; nec* per *ne-quidem;* il *cogere* costruito ora con l'*ut*, ora con l'infinito. L'inciso *si cum prohibere - praetermisit* è è stato appuntato anche dal Lenel (2). L'ultima parte da *sin autem* in poi è la più viziosa, ed è anche quella in cui più generalmente l'interpolazione è stata riconosciuta (Eisele, Riccobono, Bonfante, Fadda). In tutta questa seconda parte, poi, le ipotesi si accavalcano, si incrociano, si spezzano inutilmente o incomprensibilmente, in un modo indegno di Papiniano. Malgrado l'*in communi* la dizione del testo si può ritener classica e corretta sino alle parole *cogi non potest;* al di là il testo è più o meno compilatorio.

Ma se la seconda parte è aggiunta o profondamente rimaneggiata dai compilatori, nemmeno la prima parte è, a nostro avviso, pienamente sicura.

---

(1) *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. VIII, 1889, pag. 373, nota 552.
(2) *Zeitschr. der Sav. Stift. f. Rg.*, vol. XIII, 1892, pag. 14.

Come i tre periodi della L. 26, D., 8, 2, di Paolo, così i tre incisi di questa L. 28 nel suo principio hanno una concatenazione più estrinseca che intrinseca, stabilita dalle particelle *unde*, *enim*. Abbiamo visto come il secondo inciso (*unde* manifestum est) ci obblighi a intendere la prima dichiarazione nel senso che sia necessario il consenso effettivo di tutti i condomini al *facere*. Ma non così agevole riesce il conciliare con questo risultato l'inciso che segue, la frase celebre « in re *enim* pari potiorem esse causam prohibentis constat ». È questa l'espressione incontrovertibile del *ius prohibendi* nella sua purezza, dell'azione libera riconosciuta a ciascuno, finchè non avviene la rottura dell'equilibrio per effetto della *prohibitio*. Ora la tesi massima del consenso effettivo e generale non si può a rigore dedurre dal *minimum* del *ius prohibendi*. La *potior causa prohibentis* significa che chi proibisce ha ragione, è *potior*, ma purchè lo faccia. In tutti i casi in cui c'è un equilibrio di ragioni, in cui c'è la *par causa* (*in re pari*), si può ammettere la rottura dell'equilibrio, ma non si può negare precisamente la *causa*, il buon fondamento di ciascuno. Giova richiamare in proposito la L. 4, D., 33, 3, ora discussa, di Giavoleno.

Anche quando l'equilibrio è rotto, si dice soltanto che ha *plus iuris* colui che possiede, che preoccupa, che previene. In breve, l'*unde* pone il *ius prohibendi* come un effetto della necessità del consenso e del non diritto di agire, mentre la *par res* e la *potior causa* significano che a parità di condizione tra chi vuol fare e chi proibisce prevale quest'ultimo; ma la proibizione occorre.

Questa critica può sembrare eccessiva. Ma certamente il principio di Sabino, quale noi lo conosciamo, non è quello espresso nel testo di Papiniano come ora si legge. La massima del grande giureconsulto si appuntava contro le servitù costituite sulla *res communis* a favore dell'uno dei condomini. Noi la ritroviamo con le stesse parole, ma in tutta la sua genuina integrità in quella parte del testo di

Paolo (L. 26, D., 8, 2) già esaminata, che è immune da ogni attacco; noi ritroviamo la stessa questione discussa nel testo di Marcello (L. 11, D., 8, 5) e forse nello stesso testo di Giavoleno (L. 4, D., 38, 3).

Iure servitutis, non *iure*, diceva Sabino: e in questa forma si comprende la generalità e l'assolutezza del principio. Il paragone tra i due testi più prossimi, quello di Paolo e quello di Papiniano, che entrambi colle stesse parole richiamano la massima di Sabino, e la convenienza d'integrare l'uno con l'altro s'impongono talmente che si è supposto che nel testo di Papiniano la parola *servitutis* sia caduta (1). Se non che il testo delle Pandette, confermato dai Basilici (2), è redatto in guisa che il *servitutis* non vi si può agevolmente inserire. La parola non è caduta; si può soltanto supporre che sia stata deliberatamente cancellata dai compilatori e omesse nel seguito o in precedenza altre frasi di collegamento, per es., dopo il primo periodo, la dichiarazione seguente, che meglio si accorda col *ius prohibendi*: « iure dominii posse, quatenus rei communi non noceatur ».

A voler esser troppo cauti, si potrebbe dire che il frammento non si riferiva alla massima di Sabino quale noi la conosciamo, bensì ad una diversa massima, e sia pure dello stesso Sabino, che concerne i rapporti tra condomini, indipendentemente dalla questione della servitù, e si dovrebbe prescindere per la restituzione del diritto classico da questo testo famoso. La seconda parte è certamente interpolata, e la prima, così com'è, non ci dice se non che ogni atto del condomino è soggetto al *ius prohibendi;* il che, a parte ogni altra considerazione, è eccessivo, presa l'espressione alla lettera, ma si può anche ritenere che il *facere quicquam* alluda non all'uso, ma all'*opus novum*, all'*aedificare in solo communi* [v. anche in seguito *Postilla* n. 5-6, pag. 429-432].

---

(1) Berger, loc. cit., pag. 232, nota 2. — Cfr. sopra l'esegesi della L. 11, D., 8, 5, e gli autori ivi citati, nonchè il richiamo del Lenel, *Paling.*, alla L. 26, D., 8, 2 (Paul., 1880, n. 1).

(2) 12, 2, 28 (Heimbach, I, pag. 814).

6. Come dicemmo a principio, è controverso se si debba collocare tra le facoltà d'uso normale, che competono a ciascun condomino senza tema di opposizione, quella di restaurare la cosa comune. Da una serie di testi parrebbe che al singolo condomino competa liberamente la facoltà di compiere le riparazioni necessarie all'edificio o al muro comune.

L. 32, D. *de d. inf.*, 39, 2: GAIUS, *libro vicesimo octavo ad edictum provinciale*: « Si aedibus meis proximae sint aedes meae et tuae, quaeritur, an, si hae vitium mihi faciant, cavere mihi debeas pro damno propriarum mearum aedium, scilicet pro qua parte dominus existas. et hoc plerisque placet: sed movet me, quod ipse meas (eas *scr.* MOMMSEN) *aedes reficere possim* et impensas pro socio aut communi dividundo iudicio pro parte consequi. nam et si unas aedes communes tecum habui eaeque vitium faciant et circa refectionem earum cessare videaris, nostri praeceptores negant cavere te debere, quia *ipse reficere possim*, recepturus pro parte, quod impenderim, iudicio societatis aut communi dividundo: ideo et interpositam cautionem minus utilem futuram, quia alia ratione damnum mihi posset sarciri. et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia ratione sarciri possit: quod et in superiore casu intellegendum est ».

L. 35 *eod.*, ULPIANUS, *libro quadragesimo secundo ad Sabinum:* « In parietis communis demolitione ea quaeri oportet satis aptus fuerit oneribus ferendis an non fuerit aptus ».

L. 37 *eod.*, ULPIANUS, *libro quadragesimo secundo ad Sabinum:* « Nam si non fuit, utique demolire eum oportuit, *nec debet*, si quid damni ex hac causa attigit, *is qui demolitus est teneri*, nisi sumptuose aut parum bonus novus paries sit restitutus. quod si fuerit idoneus paries qui demolitus est, in actionem damni infecti venit id, quanti interfuit actoris eum parietem stare: merito, nam, si non debuit demoliri, restituere eum debet proprio sumptu, et si qui reditus ob

demolitionem amissus est, consequenter restitui eum Sabinus voluit. si forte habitatores migraverunt aut non tam commode habitare possunt, imputari id aedificatori potest » (1).

Prescindiamo dalle possibili alterazioni dei testi citati e specialmente dell'ultimo in qualche parte. Certamente essi non sono alterati nel concetto fondamentale, in cui si incardinano. Il diritto di restaurare le *aedes* o il *paries communis* vi riappare nel modo più aperto riconosciuto. Gaio con quelli della sua scuola ne deduce persino questa conseguenza grave: che l'uno dei condomini non ha diritto alla *c. d. inf.* dall'altro condomino, per lo stato cadente delle *aedes communes*, che minaccia al proprio edificio, perchè è libero di procedere personalmente ai restauri.

Il *ius prohibendi* sembra spuntarsi in questo rapporto e cedere al diritto del possessore di procedere al restauro.

Un testo di Pomponio propone la controversia tra i due condomini che vogliono restaurare la parete.

L. 41, D. *de d. inf.*, 39, 2: Pomponius, *libro vicesimo primo ad Sabinum:* « In reficiendo communi pariete ei potius facultas aedificandi praestatur, qui magis idonee reficere parietem velit. idemque dicendum est et si de eodem itinere rivove reficiendo inter duos vel plures quaeratur ».

Mi par certo che l'essersi messi insieme il *paries* con l'*iter* e il *rivus* renda chiaro che la controversia si risolve cogli interdetti proibitorî. Pel *rivus* e per l'*iter* soccorrono gli interdetti speciali *de rivo*, *de itinere reficiendo* (2), pel *paries communis* già in base a questo testo si dovrebbe dire che il mezzo processuale nella mente del giureconsulto è l'interdetto *uti possidetis*.

Com'è noto, nel diritto imperiale dall'epoca di Marco Aurelio il condomino che compie i restauri ebbe a sua disposizione dei mezzi energici per ottenere il risarcimento delle spese fatte dal proprio condomino nella misura della

(1) Cfr. anche L. 13, § 1, D. *de s. p. u.*, 8, 2.
(2) L. 1 pr., D., 43, 21; L. 3, § 11, D., 43, 19.

sua quota e doveva essergli restituito capitale e interessi entro quattro mesi, o altrimenti il condomino inerte perdeva a favore dell'altro la sua quota di condominio (1).

Un frammento delle sentenze di Paolo ci offre schematicamente il modo con cui in definitiva i rapporti tra condomini venivano ad ordinarsi su questo punto.

PAUL., *Sent.*, 5, 19, 2: « De communi pariete utilitatis causa hoc coepit observari, ut aedificet quidem, cuius aedificare interest, cogatur vero socius portionis suae impensas agnoscere ».

Paolo ci presenta nel suo complesso queste norme come un ordinamento positivo, non logico (*utilitatis causa*), relativo al *paries communis*. Tuttavia la facoltà di restaurare mi sembra un diritto normale, nonchè generale ad ogni oggetto, alle *aedes* come al *paries*. La singolarità tanto pel *paries* quanto per le *aedes* si riferisce all'ordinamento positivo sancito in definitiva da Marco Aurelio (2). Il rilievo speciale del *paries communis* in parte ha ragione nella straordinaria importanza pratica di questo istituto, in parte nel criterio adottato di accordare in caso di controversia la facoltà di compier restauri a colui *cuius interest*. Questo criterio, data la natura dell'oggetto, poteva esser decisivo solo in tema di *paries communis*.

Anche dal testo di Paolo in definitiva si può desumere che vi potesse esser controversia a chi si dovesse attribuire la facoltà di *reficere*. Come si risolva la controversia non è detto.

7. Il testo più vessato nella materia della *refectio* è la L. 12, D. *comm. div.*, 10, 3: ULPIANUS, *libro septuagesimo*

---

(1) L. 52, § 10, D. *pro socio*, 17, 2; L. 4, Cod., 8, 10.

(2) Questo ordinamento si ricollegava probabilmente alla pratica di rinunziare alla quota di condominio o di costringere alla rinunzia al momento della divisione, se l'altra parte non voglia consentire ai restauri necessari, perchè, a suo avviso, non mette conto di spender denaro per conservare un oggetto che non dà reddito.

primo ad edictum: « Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, [communi dividundo iudicio erit agendum, aut] interdicto uti possidetis experimur ».

Il testo di Ulpiano è estratto dalla trattazione della *remissio*, ossia del processo che segue alla *o. n. n.* per la prova del *ius prohibendi* (Lenel, 1602, 2). Ma poichè la *o. n. n.* tra condomini è negata dallo stesso Ulpiano, ed è rinviato il condomino all'esperimento di altri mezzi giuridici (1), non dobbiamo meravigliarci se anche in tema di *remissio*, trattandosi di condomini, non si parla di questa procedura, ma di altri mezzi giuridici. Ulpiano sembra dire chiaramente che il condomino, impedito di compiere le operazioni necessarie nella casa o nella parete comune, o di immettere nella parete comune, può infrangere l'opposizione del proprio condomino o con l'*actio c. d.* o con l'*interdictum uti possidetis.* In pratica tuttavia non è chiaro punto che cosa significhi il concorso tra questi due mezzi giuridici così diversi, e come l'*interdictum uti possidetis* possa assicurare il condomino agente contro la *prohibitio.* Nonostante che la nostra materia presenti i testi più aggrovigliati, nessuno ha un'esegesi così ricca come il presente (2). Ha incontrato un certo seguito l'opinione del Witte (3), alla quale aderisce anche il Seeler, che rovescia la situazione, ed elimina in sostanza per questo scopo l'*interdictum uti possidetis:* il condomino che vuole compiere le riparazioni necessarie deve ricorrere all'*actio communi dividundo;* che se invece, essendo impedito di agire, egli non cura il divieto e compie la costruzione o il restauro, il *socius prohibens* intenta allora contro di lui l'*interdictum uti possidetis.* Ma Ulpiano si sarebbe allora espresso in modo più chiaro e ben diverso. Il Berger ha dichiarato il

(1) L. 3 pr., D. *de o. n. n.*, 39, 1.

(2) Cfr. l'esposizione delle principali opinioni in Seeler, *Miteigentum*, pag. 17 e seg., e Audibert, *Nouv. rev. histor. de dr. fr. et étr.*, vol. XXVIII, pag. 281, nota 5.

(3) *Das « interdictum uti possidetis »*, Leipzig 1863, pag. 107 e seg.

frammento, segnatamente per quel che concerne l'interdetto *uti possidetis*, un enimma (1).

Si è ricorso finalmente ai mezzi critici nuovi per eliminare l'*interdictum uti possidetis*. Già il Segrè (2) avanzò il dubbio che le parole *aut - experiri* fossero interpolate, e questa affermazione fu poi fatta recisamente dal Pernice (3): il Krüger accoglie l'interpolazione nell'ultima edizione del Digesto.

Ma il Berger (4) osserva giustamente che quella frase è impeccabile, di pretto carattere classico, sul che del resto conveniva anche il Segrè; oserei aggiungere che è l'unica frase impeccabile nel testo di Ulpiano.

A me sembra che le difficoltà di questo frammento siano state esagerate. Il testo è senza dubbio alterato dai compilatori. Ma ciò che fa confusione, a nostro avviso, e ciò che costituisce la principale alterazione dei compilatori è l'intervento dell'*actio communi dividundo*, non già l'*interdictum uti possidetis*. Che con l'interdetto *uti possidetis* si debba procedere in questa materia, si desume, come ci apparve, anche dalla L. 41, D., 39, 2, di Pomponio. E una volta stabilite le parti dell'interdetto *uti possidetis* di fronte alla *prohibitio* e all'interdetto *quod vi aut clam*, il quale ultimo non compare se non per l'*opus novum*, ed esclude, come la *o. n. n.*, dalla sua sfera ogni attività tendente al *colere* o al *fulcire vetus aedificium*, ogni attività insomma che non sia diretta a mutare la *pristina facies* del luogo, credo che esso, l'interdetto *uti possidetis*, sia precisamente a suo posto per garantire il compimento dei restauri.

Il regime giustinianeo è però l'*a. communi dividundo*, e la comparsa dell'interdetto *uti possidetis* è quindi una sopravvivenza classica.

---

(1) *Teilungsklagen*, pag. 237.
(2) *Sulla natura del compossesso*, Roma 1889, pag. 24, nota 1.
(3) Loc. cit., pag. 174.
(4) Loc. cit., pag. 236.

8. Si può obbiettare alla ricostruzione del regime classico per quello che concerne l'*uti possidetis* che esso esige il possesso, ed è relativo solo ai fondi, come anche solo ai fondi è relativo l'interdetto *quod vi;* anzi nei testi si parla solo di *aedes* o *paries*. Tuttavia circa il primo punto osservo che normalmente si tratta di eliminare le controversie tra compossessori, e il condomino che non sia tale può ottenere o con gli interdetti o con la *vindicatio pro parte* di essere immesso nel possesso. Quanto alla seconda obbiezione, è certo che il regime è applicabile a tutti gli immobili, non soltanto alle *aedes* o al *paries*. Nessuno dirà che la costruzione di un muro di cinta per riparare il comun fondo rivierasco dall'erosione o dalla sparizione violenta per effetto delle acque non sia un'opera tanto necessaria e imprescindibile, quanto la spesa di restauro della parete o della casa comuni. Quanto alle cose mobili, il provvedere alle necessità più urgenti è agevole, e non esige rimedî possessorî, mentre l'*opus novum* ricade quasi fatalmente sotto il concetto della specificazione, ossia della distruzione della cosa, e può dar luogo alle azioni relative, specialmente all'*actio legis Aquiliae*.

9. Ai risultati delle precedenti leggi contraddice la L. 8, D. *de serv. praed. urb.*, 8, 2: Gaius, *libro septimo ad edictum provinciale:* « Parietem [qui naturali ratione communis est], ‹communem, Gai.›, alterutri vicinorum demoliendi [eum] et reficiendi ius [non] est, [quia non solus dominus est] ».

L'esegesi dommatica segue di fronte a questa legge due procedimenti opposti, ma egualmente forzati. Secondo alcuni (così il Windscheid) la legge andrebbe riferita all'ipotesi di un muro non danneggiato. Secondo altri (così il Hesse) sono le leggi precedenti, le quali debbono riferirsi al caso in cui l'altro condomino non ha proibito l'opera, ovvero si è ottenuto il permesso dal magistrato, intentando l'*actio communi dividundo*. La prima interpretazione è forse troppo candida: non si crederà facilmente che Gaio si riferisca

alla *demolitio* e alla *refectio* d'un muro che regge benissimo. Quanto all'altra interpretazione essa è forse quella che meglio concilia la legge col sistema del diritto giustinianeo, ove il condomino ha le mani legate e l'*actio c. d.* è invocata, si può ben dire, ad ogni piè sospinto; ma le franche dichiarazioni dello stesso Gaio nella L. 32, D., 39, 2 (*ipse reficere possim*), l'esegesi della L. 12, D., 10, 3, di Ulpiano, oltre alla impressione spregiudicata degli altri testi, debbono rendere più che dubbio che tale fosse il senso e il tenore genuino del frammento gaiano. La legge, sia pur brevissima, non è immune da scorrettezze e indizi d'interpolazione. *Eum* è superfluo e probabilmente rappresenta l'oggetto d'un inciso soppresso, che alludeva alla necessità della *refectio;* per quanto stilisticamente si possa credere di giustificare l'*eum* con la lontananza dell'oggetto, certo Gaio avrebbe dato un altro giro alla frase per evitare questa sprezzatura di stile non conforme all'indole severa della lingua latina. *Alterutri non est* appare forse di dubbia latinità per la negativa, che richiederebbe *neutri* o *nemini;* la frase *quia non solus dominus est* è una motivazione volgare e richiama il *quasi solus dominus* attribuito a Marcello. Finalmente lo stesso enunciato solenne *parietem, qui naturali ratione communis est,* è abbastanza strano: il *paries communis* deriva da convenzione o in generale da negozio giuridico, e nemmeno ogni *medius paries* è necessariamente *communis*. La *naturalis ratio* è certo un motivo gaiano; ma nel testo presente (che è l'unico che faccia questa affermazione) essa mi pare un motivo stonato, e direi che i compilatori l'abbian soggiunto con l'intento vago di dare maggior risalto all'indisponibilità di questa *res communis*. In conclusione a me sembra che la legge, semplificata e vòlta al positivo, *parietem communem alterutri..... ius est* (s'intende nelle debite condizioni di necessità), verrebbe ad esser restituita anche dal lato linguistico in una forma impeccabile.

10. L. 27, § 1, D. *de serv. praed. urb.*, 8, 2: Pomponius, *libro trigesimo tertio ad Sabinum:* « Si in area communi aedi-

ficare velis, socius prohibendi ius habet, quamvis tu aedificandi ius habeas a vicino concessum, [quia invito socio in iure communi non habeas ius aedificandi] ».

Che contro l'edificante il condomino abbia il *ius prohibendi* e che non giovi aver ottenuto dal vicino, forse contro una servitù che a questo competeva (1), la concessione di edificare, è principio chiaro e classico. La motivazione di questo testo dà però al *ius prohibendi* di nuovo il significato della necessità del consenso: ma credo questa motivazione interpolata. Noi vi ritroviamo *in iure communi* invece che *in re communi*. Il giureconsulto voleva semplicemente ripeter sott'altro aspetto la consueta osservazione che nulla — nè la servitù sulla cosa comune, che è impossibile, nè la servitù sul fondo vicino — può far perdere al socio il *ius prohibendi*.

11. L. 3, § 1, D. *de o. n. n.*, 39, 1: Ulpianus, *libro quinquagesimo secundo ad edictum:* « Si in loco communi quid fiat, nuntiatio locum habebit adversus vicinum. plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi dividundo iudicio vel per praetorem ».

A questo testo si ricollegano due vivaci controversie: Perchè non è concessa al condomino contro il condomino la *o. n. n.?* E che cosa s'intende con la *prohibitio per praetorem?* Allude cioè questa espressione all'*interdictum uti possidetis* o all'*interdictum quod vi?*

Osserviamo sul primo punto che il rifiuto della *nuntiatio* al condomino in questo paragrafo e più nel successivo (*non posse me nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare*) par quasi voler dire, nel modo in cui è formulato, come sarebbe strano che il condomino volesse opporre la *nuntiatio* contro il proprio condomino, avendo a sua disposizione mezzi proprî e più comodi.

---

(1) Cfr. L. 21 *eod.*

Invero non si sa capire per qual ragione egli andrebbe incontro alle cause di nullità, ai limiti della *nuntiatio* e ai rischi della procedura di remissione. Il vero motivo giuridico, peraltro, dev'essere, a mio avviso, nel carattere di questa procedura. La *remissio* implica la prova del *ius prohibendi*, e poichè la *o. n. n.*, se il denunciato insiste nel voler compier l'opera, conduce fatalmente alla *remissio* (1), essa non è che l'atto iniziale di questa procedura. Così si comprende come l'esclusione della *o. n. n.* sia perfettamente parallela all'esclusione dell'*actio negatoria* tra condomini (2). I rapporti tra condomini non possono essere disciplinati dalle azioni concesse al proprietario, perchè (come vedemmo pronunciato da Giavoleno nella L. 4, D., 33, 3) dal punto di vista del diritto di proprietà ciascun condomino non cede all'altro, perchè, insomma, il diritto di ciascuno è pari a quello dell'altro.

Quanto alla locuzione *per praetorem* si potrebbe forse conciliare le due opposte opinioni nel senso che essa alluda indifferentemente all'*interdictum uti possidetis* o all'*interdictum quod vi aut clam.* Certo nella L. 5, § 15, dello stesso titolo la stessa locuzione sembra spiegata in seguito come riferibile all'uno o all'altro interdetto. Tuttavia è pur vero che l'interdetto *quod vi* non è proibitorio, bensì restitutorio: esso è la sanzione della *prohibitio* non obbedita.

Ma il *prohibere* mediante l'*a. communi dividundo* non mi pare un pensiero punto plausibile. Un'opera si può proibire quando si abbia il diritto dell'autodifesa, o quando siasi ottenuta vittoria in un giudizio; sempre, ad ogni modo, in via esecutiva. Ciò posto, anche in questa legge io credo che

---

(1) L. 1 pr., D., 39, 1; L. 1 pr., § 2, D. *de rem.*, 43, 25. Il Naber (*Mnem.*, 1891, pag. 123) stima interpolato il principio dell'una e dell'altra legge, e anche la chiusa della L. 1, § 2, D. *de rem.* A me non sembra. Anche la chiusa enunciata è corretta, e a torto il Mommsen-Krüger espunge le parole *remissio facta est:* l'inciso *et exinde remissio facta est* allude alla *remissio* privata concessa in seguito alla *satisdatio*, che rende quindi superflua la *remissio* pretoria (*non est necessaria remissio*).

(2) Cfr. anche la L. 2, D. *de o. n. n.*, 39, 1.

le parole finali siano interpolate, e il giureconsulto facesse seguire al *prohibebo* una dichiarazione del tenore seguente: *et si contra quam prohiberetur socius fecerit, interdicto quod vi aut clam experiar.*

12. L. 3, § 2, D. *de o. n. n.*, 39, 1: Ulpianus, *libro quinquagesimo secundo ad edictum:* « Quod si socius meus in communi insula opus novum faciat et ego propriam habeam cui nocetur, an opus novum nuntiare ei possim? et putat Labeo non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est vel ⟨per manum vel, Ulp.⟩ per praetorem [vel per arbitrum communi dividundo: quae sententia vera est, Trib.] ».

Le considerazioni che abbiamo fatto rispetto al precedente paragrafo valgono anche per il presente. Qui peraltro la frase *vel - dividundo* è già parsa dubbia al Pernice per lo meno al tempo di Labeone, e dietro le sue traccie il Krüger la reputa interpolata. L'Arangio-Ruiz (1) stima interpolata tutta la motivazione *quia possum - communi dividundo* e volge in forma positiva il responso di Labeone, sostituendo *me posse* a *non posse.* Il testo sarebbe stato interpolato sulla falsariga del § 1: ma, osserva l'acuto collega, mentre in questo è giustificata dal condominio l'esclusione della *o.n. n.*, nel § 2, la ragione giustificativa manca, e anche il *quod si* sembra preparare una decisione opposta alla precedente. Certo anche in ordine alla negatoria Pomponio l'ammette a favore del condomino, che abbia un proprio fondo cui rechi nocumento l'opera o lo stato del fondo comune (2). Tuttavia non sarebbe fuor di luogo il supporre che di fronte all'opinione, che riconosceva la negatoria e la *o. n. n.*, per lo meno a favore del proprio fondo, fosse rappresentata un'opinione più radicale, che rinviava, anche in questa ipotesi, ai mezzi proprî del condominio. È impressionante

(1) Loc. cit., pag. 239 e 240.
(2) L. 27 pr., D. *de serv. praed. urb.*, 8, 2; L. 14, § 1, D. *si serv. vind.*, 8, 5.

la dichiarazione di Gaio che la scuola sabiniana negava la *c. d. infecti* al condomino pel danno che minaccia alla casa propria dalla casa comune, *quia alia ratione damnum mihi posset sarciri;* più impressionante ancora è il vedere dallo stesso Pomponio negata l'*actio finium regundorum* nei rapporti tra il fondo comune e il fondo proprio dell'uno dei condomini. Il testo pertanto, salvo le soppressioni indicate, è più probabilmente genuino.

13. Riallacciando le fila di questa lunga esegesi, se prescindiamo dall'uso normale e dai suoi limiti, qualunque essi siano, lo stato delle fonti circa la disposizione materiale della cosa da parte dei singoli condomini si riassume assai brevemente: il *facere* in senso pregno, cioè l'*opus novum*, esempio tipico l'*aedificare*, è soggetto a *prohibitio* da parte del *socius*. Significa questa *prohibitio*, almeno nel diritto classico, necessità del consenso preventivo, espresso del condomino o significa che è sufficiente l'adesione tacita, il *pati*, il *non contradicere*, per legittimare l'opera, che altrimenti è illecita? A parte l'antitesi espressiva col regime della disposizione giuridica, in cui si parla costantemente, chiaramente di consenso unanime, è certo che il senso della *prohibitio* implica regolarmente presso i Romani legittimazione mediante la tacita o presunta adesione; tale, per non andar lungi dal nostro campo, è il senso della *prohibitio* nella sfera dei rapporti di vicinanza, quando si tratta di azioni nel proprio (è il caso perfettamente parallelo) che il vicino sospetta lesive al suo fondo: il proprietario che fa l'opera è soggetto a *nuntiatio*, a *prohibitio*, il che vuol dire che deve sospendere, se il vicino vigilante denuncia formalmente o avverte semplicemente, ma non è tenuto a interpellare il vicino, a chiederne il consenso, e se questi non si muove, l'opera sta. È certo altresì che circa la disposizione materiale del condomino il *consensus* non è una sola volta menzionato, salvo nella parte sicuramente interpolata del testo di Papiniano: *sin autem facienti consensit.* Il testo stesso

di Papiniano, la L. 28, D., 10, 3, con le sue interpolazioni aggrovigliate e male combinate, con le sue attenuazioni del *ius prohibendi* per cui si ha riguardo all'impedimento e all'assenza e in ultima analisi l'*actio communi dividundo* è adibita in qualunque caso a risarcire il danno, conferma l'impressione che il *ius prohibendi* nella sua purezza è stato alterato dai compilatori, e che le oscurità del tema derivano da questa cagione.

Certamente l'azione eccessiva o lesiva è indicata come illecita e il *posse prohibere* è parallelo al *non iure facere*, o *habere*, perchè vi ha una sfera, l'uso normale, nella quale il *prohibere* è escluso. I due testi seguenti sono all'uopo espressivi:

L. 13 pr., D. *de serv. praed. urb.*, 8, 2: PROCULUS, *libro secundo epistularum:* « Quidam Hiberus nomine, qui habet post horrea mea insulam, balnearia fecit secundum parietem communem: *non licet* autem tubulos habere admotos ad parietem communem, sicuti ne parietem quidem suum super parietem communem: de tubulis eo amplius hoc iuris est, quod per eos flamma torretur paries: qua de re volo cum Hibero loquaris, ne rem illicitam faciat. Proculus respondit: nec Hiberum pro ea re dubitare puto, quod *rem non permissam* facit tubulos secundum communem parietem extruendo ».

L. 19 pr., D. *eod.*, 8, 2: PAULUS, *libro sexto ad Sabinum:* « Fistulam iunctam parieti communi, quae aut ex castello aut ex caelo aquam capit, *non iure haberi* Proculus ait: sed *non posse prohiberi* vicinum, quo minus balineum habeat secundum parietem communem, quamvis umorem capiat paries: non magis quam si vel in triclinio suo vel in cubiculo aquam effunderet. sed Neratius ait: si talis sit usus tepidarii, ut adsiduum umorem habeat et id noceat vicino, *posse prohiberi* eum ».

E ora una domanda: è veramente il *ius prohibendi* così inteso rispondente al *ius prohibendi* del diritto pubblico? La questione, notiamolo intanto, ha un'importanza secon-

daria. Ciò che importa è se il *ius prohibendi* sia l'espressione del diritto di esigere il consenso preventivo, espresso o se l'opera sia legittimata anche dal tacere, dal non opporsi. Nondimeno esaminare la posizione rispettiva dei due istituti giova, se non come argomento, almeno come chiarimento. Il Perozzi è il sostenitore più reciso e più energico del consenso preventivo all'opera nel condominio e dell'opposizione del regime del condominio col diritto pubblico. Nelle sue *Istituzioni* egli sta pago di manifestare l'opinione « che nessun socio può disporre della cosa comune senza il consenso degli altri soci », ma spiega in nota questo concetto con le seguenti parole: « Non si confonda questo principio con quello che vale per le magistrature collegiali romane. Un console può far tutto sinchè l'altro console non interceda; invece il comproprietario non può far nulla se gli altri soci *prima* non consentono » (1).

Nel suo studio speciale sul tema egli svolge più profondamente questa antitesi. Dopo aver illustrato il pensiero che la magistratura è una cosa e la proprietà un'altra, soggiunge: « Un romano avrebbe inorridito all'idea che l'atto del magistrato stesse soltanto se il collega, potendo opporsi, non si oppose. Avrebbe inorridito in linea di logica..... Dove non c'è un conflitto di voleri tra colleghi, qualunque sia la causa per la quale il conflitto è mancato, l'atto di chi legittimamente volle deve rimanere. Cotesto principio avrebbe importato che tutte le infinite volte in cui un console per assenza, infermità, ignoranza, non avesse potuto opporsi all'atto del collega, l'atto stesso sarebbe stato soggetto ad esser annullato, sinchè egli non fosse tornato in condizione di poter opporre il suo veto. La vita e l'attività dello Stato sarebbe stata così ad ogni momento giuridicamente *in suspenso*. Siccome gli affari pubblici soffrono meno d'un ritardo che di una incertezza, piuttosto che sancire un principio simile, i Romani avrebbero certo preferito di abolire il potere

(1) Perozzi, *Istit. di dir. rom.*, I, pag. 475.

regio dei consoli, subordinando la legittimità dell'atto di ciascuno al consenso e alla cooperazione dell'altro » (1).

Le considerazioni del Perozzi rivolte a illustrare l'antitesi sembrano a prima vista irresistibili e in armonia con le espressioni rilevate sopra in tema di condominio, per le quali è stabilito un parallelismo vivace tra il *non iure facere* o *habere* e il *posse prohibere* nella gestione del condomino. Dall'altro canto sembra che nel diritto pubblico non vi sia una sfera esente dal *ius prohibendi.*

Nondimeno quelle considerazioni, se non si possono dire propriamente errate, sono tuttavia troppo rigide. La differenza tra il diritto pubblico e il regime privato del condominio, com'io lo concepisco, esiste, ma essa è più nell'applicazione pratica che nella teoria. In pratica certo nei periodi di lotta viva e ostruzionistica l'*intercessio* si oppone a qualunque atto, anche a quello del magistrato che legittimamente volle, per usare le parole del Perozzi; ma l'ostruzionismo del diritto pubblico è la *chicane* del diritto privato. In teoria, cioè nel suo spirito, il *veto* si dovrebbe opporre agli atti incostituzionali o sostanzialmente nocivi allo Stato; è una *νομοφυλακία*, come fu detto.

L'atto del magistrato, cui non è opposto il *ius prohibendi*, è valido, in quanto si presume che sia costituzionale, cioè legale e utile alla repubblica e quindi la *prohibitio* non debba esser opposta. Ma noi possiamo ben supporre che il magistrato compia un atto incostituzionale e che nessun collega vi si opponga, nessun tribuno avanzi l'*intercessio* e minacci la *coercitio*, e in questo caso, noi siamo precisamente nell'ipotesi posta come assurda dal Perozzi. L'atto del magistrato sta unicamente perchè il collega, potendo opporsi, non si oppose. La responsabilità del magistrato in tal caso è discussa allo scadere dei suoi poteri o in via politica o mediante accusa pubblica, come l'atto del condomino sarà discusso allo scioglimento del condominio.

---

(1) Perozzi, in *Mél. Girard*, II, pag. 372.

Noi non vogliamo spingere all'estremo il parallelismo, perchè è certo che siamo in due territori così diversi, che gli stessi principî hanno una esplicazione, e direi quasi un colorito diverso; ma ci sembra che la profonda uniformità, malgrado l'immensa diversità degli atti cui la *prohibitio* si oppone, dimostri che la radice e la teoria generale è comune. A noi sembra inoltre che nell'un caso e nell'altro la necessità del consenso preventivo, espresso, sia egualmente un incaglio all'amministrazione della cosa comune e al governo della cosa pubblica, mentre il sistema del *ius prohibendi* coi temperamenti, che necessariamente la pratica vi arreca, è un sistema plausibile. Noi moderni abbiamo, è vero, desunto dal diritto giustinianeo il principio della necessità del consenso; ma abbiamo altresì dato uno svolgimento ampio al principio della maggioranza nell'amministrazione della cosa comune, correggendo una regola che in pratica sarebbe tale da rendere impossibile il funzionamento del condominio.

14. Anche se qualche dubbio può rimanere su alcune parti dell'esegesi precedente, un risultato a me sembra perspicuo. Giustiniano intese di sostituire il regime del *ius prohibendi* e degli interdetti relativi o della ragion fattasi col regime dell'accordo tra condomini, del quasi-contratto e dell'*actio communi dividundo*. Giustiniano pertanto restrinse l'autonomia del singolo condomino: assoggettò ciascuno, sia pure irregolarmente e oscuramente, al consenso di tutti e tutti all'arbitrio del giudice anche *manente communione*. Qua e là qualche traccia prepotente del *ius prohibendi* e dell'autonomia di ciascun condomino nel godimento e nell'amministrazione rimane; ma la combinazione delle varie leggi e lo spirito generale della legislazione giustinianea permettono di respingere o annegare i momenti dubbî e contraddittorî. Qualche traccia rimane pure della procedura interdittale e della ragion fattasi, ma essa è ridotta completamente nell'ombra dall'*actio communi dividundo*. Forse in più casi l'*a. c. d.* ha preso il posto dell'*actio pro*

socio: è lecito supporre che, qualunque fosse l'origine della comunione, nel godimento comune della cosa si contraesse normalmente un rapporto di società. Ma nel diritto classico, quando l'*actio pro socio* interveniva a regolare i rapporti di godimento tra condomini, il regime obbligatorio arrestava, ma non confondeva il diritto reale. Nel diritto giustinianeo l'obbligazione sostituisce in gran parte il diritto reale. Quella stratificazione, che a me parve di osservare nel regime del condominio, tra un sistema *più arcaico* aderente alla proprietà e un sistema *più recente* ispirato all'obbligazione (1), ci rappresenta forse l'antitesi tra il diritto classico e il diritto giustinianeo. La teoria carezzata da varî scrittori, come lo Schott (2), come il Büff (3), che fa del *ius prohibendi* un diritto obbligatorio, la teoria del Diez (4), che riduce ad un rapporto di obbligazione il diritto di ciascun condomino, si ispirano al regime del godimento della cosa comune, quale è stato ordinato da Giustiniano. Nel diritto classico la chiave di volta del condominio è il *ius prohibendi:* i condomini sono *domini*, e la collisione dei loro diritti nell'esercizio pratico, se non intervengono convenzioni volontarie e libere, non ha altra norma che l'autodifesa, la ragion fattasi o l'esercizio degli interdetti. Nel diritto giustinianeo la chiave di volta del condominio è l'*a. c. d.:* è instaurato il regime dell'obbligazione legale con larga facoltà al giudice

---

(1) *Riv. di dir. civ.*, I, 1909, pag. 289 [v. sopra pag. 376 e seg.]. — L'antitesi dei due sistemi nelle Pandette è visibile e il rilievo di essa dal punto di vista dommatico non nuovo (cfr. sovrattutto Seeler, *Miteigenthum*, pag. 13, e in parte anche Perozzi, *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, in *Filangieri*, vol. XV, pag. 89 e 90, 1890); nuova è soltanto l'ipotesi di una successione storica, che io faceva e di cui determino ora le date.

(2) *Das « ius prohibendi »*, etc., pag. 19.

(3) *Haben Mitbesitzer untereinander possessorische Interdicte?* in *Archiv f. praktische Rechtsw.*, N. F., vol. III, pag. 133 e seg. — Non è però quella del v. Seeler, come è stato a torto asserito (cfr. in contrario *Miteigenthum*, pag. 13; il « diritto obbligatorio » a pag. 14 si riferisce al godimento, non al *ius prohibendi*).

(4) *Die Lehre vom Miteigenthum*, Leipzig 1888.

(onde forse il nuovo carattere di buona fede dell'azione) d'intervenire e tener conto del vantaggio della cosa e della comunione. L'*actio communi dividundo* viene ad esser adoperata in una funzione che contraddice al suo nome e al suo fine, esempio non nuovo, che ha il suo riscontro nella designazione pur essa incongrua dell'*actio aquae pluviae arcendae;* ma è questo il tratto e forse il pregio della legislazione di Giustiniano. La procedura romana, quell'involucro rigido, che nascondeva e costringeva le magnifiche creazioni della giurisdizione e della giurisprudenza, è buttato all'aria o trattato con franca disinvoltura nell'epoca romano-ellenica e il diritto materiale si svolge con una libertà piena; ma conveniva che la crisalide rompesse il bozzolo, se il diritto romano, ormai maturo, anche cessato il dominio di Roma, doveva stender l'ala su tutto il mondo.

Postilla. — Salvo il *ius adcrescendi*, che considero a parte, lo scritto che precede riassume tutti gli elementi di struttura del condominio romano, che in ordine alla disciplina materiale della cosa si atteggia in modo profondamente diverso, a mio avviso, nel diritto classico e nel diritto giustinianeo. Il concetto fondamentale del condominio, che sulla base di questi elementi si può costruire, e l'armonia o disarmonia delle norme singole, cioè quali siano le norme regolari, quali invece le eccezionali nei varî sistemi, è cosa che esamino in uno studio distinto (*il regime positivo e le costruzioni teoriche*, ecc.).

A breve distanza dal mio scritto, fu letto al Congresso internazionale di studi storici tenuto a Londra nel 1913, e quindi pubblicato nella collezione stessa, uno studio di S. Riccobono sull'argomento con questo titolo: *Dalla « communio » del diritto quiritario alla comproprietà moderna* (*Essays in legal history*, Oxford University).

È uno scritto pieno di potenza e di foga, e per me assai confortante, giacchè le coincidenze coi miei risultati e con

le supposte interpolazioni sono molteplici e sorprendenti, come l'illustre autore in una lettera mi osservava.

Giova elencarle anche per dar rilievo all'unica profonda divergenza. Anche il Riccobono è d'avviso che nel diritto classico i rapporti tra condomini fossero abbandonati nel campo della disposizione materiale alla difesa privata (su questo punto anzi egli insiste e vi dedica il più ampio svolgimento in un capitolo speciale: pag. 39; pag. 64-76), e solo nel diritto giustinianeo l'*actio communi dividundo* sia divenuta la chiave di vôlta del condominio, in quanto alla azione divisoria « venne conferita nella compilazione una nuova funzione, cioè quella di dirimere tutti i conflitti tra i soci e regolare la vita della comunione senza peraltro condurre allo scioglimento della medesima » (Riccobono, pag. 76); anch'egli dà rilievo pel diritto giustinianeo ai motivi dell'utilità sociale e della volontà della maggioranza (pag. 93 e seg., pag. 103 e seg.), rilievo persino un poco eccessivo, giacchè nel condominio vero e proprio io non trovo se non quegli scarsi accenni che ho indicato sopra; anch'egli, finalmente, è reciso, quasi aspro nel qualificare il regime individualistico, anarchico, antieconomico e antisociale del condominio romano (v. specialmente pag. 40 e 50) (1).

Tuttavia queste coincidenze impressionanti e confortanti non servono, come dico, che a dar maggior rilievo ad una divergenza fondamentale sul *ius prohibendi*. Questa divergenza si ricollega a un punto di vista generale, che diede già luogo a un vivo dibattito tra me, il Fadda, il Pacchioni da un lato, e il Perozzi, cui si aggiunse il Berger, dall'altro; ma poichè questo dibattito col Perozzi e col

(1) Potremo aggiungere anche l'altra felice coincidenza circa il *ius adcrescendi* nel diritto classico e l'interpolazione della L. 7, D., 41, 3, di Modestino (Riccobono, pag. 53); i termini diversi dell'interpolazione sono cose secondarie e saranno valutate a suo luogo. Ma questo aspetto del condominio è oggetto, come ho dichiarato, di uno studio distinto (v. in seguito).

Berger (il quale ultimo, per vero, non ha fatto che esternare la sua opinione in una recensione) si è concentrato sul *ius prohibendi* del diritto pubblico, che si invocava come parallelo, il ragionamento degli scrittori citati è da prendere in considerazione soltanto in una disamina dell'istituto pubblico dell'*intercessio;* e ciò tanto più che la discussione è stata gravemente turbata da una fallace teoria del Mommsen sull'*intercessio* pubblica. Ma il Riccobono è precisamente il solo il quale abbia largamente ragionato sul tema dal punto di vista del diritto privato del condominio. Su questa unica, ma fondamentale divergenza del Riccobono conviene pertanto fermare la nostra attenzione.

Secondo la formulazione della nostra tesi, espressa sino dal principio del presente scritto, la disposizione giuridica integrale sulla cosa è senza dubbio regolata così nel diritto classico come nel diritto giustinianeo dal principio del consenso espresso, preventivo, generale, del *consensus omnium*, della *voluntas omnium*, come dicono e ripetono a sazietà le nostre fonti. La disposizione materiale invece è regolata nel diritto classico dal *ius prohibendi*, il che implica, a nostro avviso, che l'adesione tacita degli altri condomini sana e legittima il fatto dell'uno di essi. Il condomino che non vuole è tenuto ad impedire con le proprie mani (*per manum*), è tenuto per lo meno a proibire e dar sanzione alla *prohibitio* con l'intervento del pretore (*interdictum quod vi*). Se non ha impedito, se non ha proibito, ciò che è stato fatto resta in piedi, secondo i principî noti dell'*interdictum quod vi* e della *o. n. n.*, che in questa parte coincidono.

Solo Giustiniano, lasciando nelle fonti intatta la menzione del *ius prohibendi*, ha abolito la difesa privata, ha annientato il valore della *prohibitio* e ordinata come *deus ex machina* l'*actio communi dividundo*, sia per impedire l'opera (*quo minus opus fiat*) con o senza *prohibitio* precedente, sia per distruggere il già fatto (*aut id opus quod fecit tollat*), rimettendo tuttavia pur sempre al giudice di valu-

tare l'opportunità della distruzione secondo che l'opera sia veramente lesiva (*si quid ad laesionem eius fecit*), o per avventura più utile all'insieme dei condomini (*tollat, si modo toti societati prodest opus tolli*).

Secondo il Riccobono, come secondo il Perozzi, e, si può ben aggiungere, secondo la maggioranza degli scrittori, poichè precisamente la nostra tesi è eterodossa, il regime del condominio è uniforme, sia nella disposizione giuridica, sia nella disposizione materiale della cosa, e identico, notiamolo bene, quanto al suo ordinamento fondamentale, nel diritto classico e nel diritto giustinianeo. Anche per la disposizione materiale della cosa si esige « il consenso di tutti i titolari, nessuno eccettuato » (Riccobono, pag. 34). Il *ius prohibendi* non è che l'espressione di questa esigenza, vale a dire, come energicamente affermò il Perozzi, intanto il condomino ha diritto alla *prohibitio* in quanto si richiede il suo consenso all'atto. Pertanto, qualunque *opus novum* eseguito dall'uno dei condomini, *senza previo consenso dell'altro*, poteva nel diritto classico esser distrutto dalla libera reazione privata dell'altro condomino, anche se fino al suo compimento non fosse intervenuta nessuna *prohibitio;* Giustiniano non avrebbe fatto altro se non sostituire il regime dell'*actio communi dividundo* al regime della difesa privata.

Com'è chiaro, la differenza dal diritto classico al diritto giustinianeo è nella tesi del Riccobono *meno profonda che non nella mia tesi.* Secondo me, Giustiniano ha demolito effettivamente il *ius prohibendi*, secondo il Riccobono avrebbe lasciato intatto il regime del consenso effettivo, che era già nel diritto classico: soltanto, nel diritto classico il condomino si fa ragione da sè, nel diritto giustinianeo ricorre al giudice; sul qual punto, come sui lievi ritocchi circa il criterio della maggioranza, io concordo come ho detto, col Riccobono, salvo, se si vuole, l'aggiunta che io fo dell'*interdictum quod vi* alla difesa privata.

Ora contro questa tesi del Riccobono stanno una serie di argomenti di forza sempre crescente. Essi sono i seguenti:

1° Ricordo soltanto quello che io non adduco come argomento, ma come risultato, cioè il parallelismo col diritto pubblico, e lo ricordo per mettere in chiaro il modesto valore di questo indizio. Modesto, non perchè proprietà e sovranità siano due cose profondamente diverse, il che per la struttura dei due istituti non si può veramente asserire nell'antico diritto romano, ma perchè, ammesso pure il parallelismo originario, come io ritengo, del diritto pubblico e del diritto privato, della proprietà e della sovranità, della collegialità e del condominio, certamente gli istituti si sono in seguito profondamente diversificati, e niente vieta che nel condominio questa divergenza sia giunta a tale da far sparire ogni analogia con la collegialità. Io stesso convengo che questa analogia è pienamente scomparsa per quel che riguarda gli atti giuridici.

2° Un argomento, invece, non ispregevole è la terminologia, *ius prohibendi*, *prohibere*, *vetare*, tanto più data l'antitesi recisa col consenso che si richiede per la disposizione giuridica e la netta separazione dei due territori, il cui linguaggio non si confonde mai.

3° Dal punto di vista economico la differenza dei due regimi ha una base assai ragionevole. Gli atti giuridici compromettono irrimediabilmente lo stato delle cose e possono esser compiuti in un attimo: come potrebbe farsi lecito a ciascun condomino di alienare la cosa intera o costituire servitù, dedicare o render religioso un luogo comune, salvo il divieto preventivo e sospensivo dell'altro condomino? Evidentemente sarebbero legittimati gli scherzi più ameni e comici, di cui la vita offre dolorosi esempi, ma per buona ventura illegittimi. Inoltre gli atti giuridici possono esser bensì consigliati dalle regole di una buona amministrazione, ma certo non sono mai essenziali all'economia della cosa in sè. Gli atti materiali invece non sono in genere tali da compromettere irremissibilmente la cosa, e, ad ogni modo,

salvo la folle distruzione della cosa, che è al di fuori di qualunque regime, non si compiono istantaneamente. Inoltre essi sono in genere atti necessari o utili all'economia della cosa, ed è ben ragionevole che si lasci a chi è possessore della medesima, a chi risiede sul fondo, facoltà di compierli, sinchè non intervenga un divieto espresso.

4° Se la risultante analogia col diritto pubblico è ben poco significativa come argomento, un indizio diretto e grave, non so perchè interamente trascurato, è invece la analogia del nostro istituto con gli istituti finitimi del diritto privato, la *o. n. n.* e la *prohibitio*, i quali hanno precisamente questo carattere: essi si dirigono contro l'*opus coeptum* o disegnato (quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel proiicere *vult*) e la *prohibitio* ha carattere preventivo e sospensivo, nè coi due interdetti rispettivi (*interdictum demolitorium*, *interdictum quod vi*) si può ottenere di distruggere il già fatto. Ciò ha tanto più importanza in quanto l'*interdictum quod vi* concorre, come a me sembra risultare certo, anche nei rapporti tra condomini con l'*interdictum uti possidetis*.

5° Nella L. 28, D., 10, 3, di Papiniano il Riccobono fa cominciare l'interpolazione (d'accordo pur sempre col Segrè e col Perozzi) dopo la parola *constat*. L'inciso « sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat possit, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest » sarebbe pur esso interpolato. A me pare che queste parole siano da ritenere genuine. Esse non dicono cosa vera per diritto giustinianeo. Per Giustiniano non v'è *cogere*, che non sia possibile con l'*actio communi dividundo*, che è il suo rimedio: il giudice può ordinare la demolizione anche senza previa *prohibitio* stragiudiziale, e tanto più se la *prohibitio* è stata fatta. Non v'è d'altra parte un *cogere* che sia possibile indipendentemente dall'*actio communi dividundo*, perchè la difesa privata *per manum* e, par certo, anche quella interdittale sono state abolite. Pertanto quell'inciso nel diritto giustinianeo non ha senso. Dal lato linguistico

potrei aggiungere che l'*etsi* con l'indicativo è classico e non s'incontra invece quasi mai nelle costituzioni giustinianee (nel dizionario delle costituzioni giustinianee del Longo trovo soltanto sei passi contro trentuno col congiuntivo). Ma, quel che forse è più grave, le limitazioni al *ius prohibendi*, che quasi impongono il *consensus*, sono unicamente sancite nel seguito di questo testo certamente interpolato, ed è questo l'unico testo, in cui spunta la menzione del *consensus* in tema di atti materiali.

6° La chiave di vôlta della disputa è pur sempre l'esegesi dei testi cardinali in tema di *ius prohibendi*, cioè la L. 26, D., 8, 2, di Paolo, la L. 11, D., 8, 5, di Marcello, la L. 28, D., 10, 3, di Papiniano.

Ora in queste tre leggi (a parte l'intrusione dell'*actio communi dividundo*, su cui concordiamo) il gioco dell'interpolazione diverge nettamente tra me e il Riccobono. Io stimo genuino il *servitutis* dopo *iure* nel testo di Paolo; stimo invece probabile che i compilatori abbiano soppresso quella parola nel testo di Marcello e in quello di Papiniano.

Il Riccobono invece è d'opinione che i compilatori abbiano spostato o intruso il *servitutis* nel testo di Paolo.

Di queste due opposte tesi interpolazionistiche quella rappresentata dal Riccobono mi sembra la meno verosimile per le seguenti ragioni: *a*) Marcello (come Giavoleno nella L. 4, D., 33, 3), ragionava certamente di servitù, Papiniano ripeteva la massima di Sabino; *b*) la soppressione di *servitutis* nel testo di Paolo è la cosa più violenta che si possa immaginare: il *nulli enim res sua servit* rimane privo di senso. Il Riccobono stesso se ne avvede e finisce con supporre uno spostamento del *iure servitutis* per render possibile quel riferimento. Ecco la sua ricostruzione del testo: « In re communi nemo dominorum (iure servitutis, Trib.) neque facere (iure, Paul.) quicquam invito altero potest, neque prohibere (iure servitutis, Paul.) quominus alter faciat: nulli enim res sua servit ». Che dire di questa restituzione? *c*) che Giustiniano anche altrove abbia soppresso

il *servitutis* dopo *iure* e i bizantini amino riferire alla proprietà ciò che il giureconsulto classico riferiva alla servitù, ne abbiamo, credo, la prova in un altro testo celebre, la L. 24, D., 8, 2: « Cuius aedificium iure superius est, ei ius est in infinito supra suum aedificium imponere, dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret quam pati debent ».

Iure superius! Quo iure? *Iure servitutis*, pel giureconsulto classico, come si arguisce dalle parole finali (*non graviore servitute*), sia questa servitù la *servitus altius tollendi* o la *servitus tigni immittendi*, come giudicano alcuni scrittori a cagione della successiva L. 25 pr. Ma è questo il senso del frammento nella mente dei compilatori? Io non lo credo, e credo anzi che essi abbiano soppresso la parola *servitutis* dopo *iure*. L'una cosa e l'altra risulta dagli autori bizantini. Questi hanno inteso il frammento di Paolo nel senso di una delle consuete limitazioni sociali del dominio, così care a Giustiniano, cioè che ai proprietari superiori non sia lecito di sollevare l'edificio in guisa da aggravare la posizione dei proprietari inferiori oltre la misura del tollerabile (non già oltre i termini e la misura delle servitù costituite a carico di essi): anzi la relazione tra edificio superiore e inferiore diventa una relazione tra piani superiori e piani inferiori. Così il testo è reso in Bas., 58, 2, 24 (Heimbach, V, 195), Synopsis (*De serv. praed. urb.*, c. 24, pag. 487), Harmenopuli, *Man.*, II, 4, 68, pag. 280.

Ὁ ἔχων τὰ ἀνώγεα τοῖς ἰδίοις ἐπικτίζει ὅσον θέλει, μὴ βαρῶν μέντοι τὰ κατώγεα ὑπὲρ δύναμιν.

« Qui habet aedificia superiora (propriamente i piani superiori, il che è anche difficile ad esprimere in latino) suis superaedificat quantum vult, dum non oneret aedificia inferiora (o i piani inferiori) supra vires ».

Se non che il testo genuino, che ci aiuta a restituire il *servitutis* nel frammento del Digesto, ci è serbato in Harmenopuli, *Man.*, II, 4, 62, pag. 278, e Prochiron, 38, 15, pag. 317:

Οὗ τινος τὰ οἰκήματα δουλείας δικαίῳ ὑπέρκειται, ἐν τῇ ἐξουσίᾳ τούτου ἐστὶν εἰς ἄπειρον (*sic* Proch., ἐπ' ἄπειρον Harm.) ταῦτα

ὑψοῦν, ἐν ᾧ μέντοι τὰ ὑποκείμενα οἰκήματα τοῦ γείτονος μὴ βαρύνειν δουλείᾳ (βαρυτέρᾳ) παρ' ἣν φέρειν ὀφείλουσιν.

« Cuius aedes servitutis iure superiora sunt in potestate huius est in infinitum eas extollere, dum inferiores aedes vicini non oneret graviore servitute quam pati debent ».

È la legge del Digesto negli stessi precisi termini con l'aggiunta *servitutis*. Se i testi precedenti profondamente alterati nelle parole e nel concetto ci rappresentano la versione bizantina, i due ultimi ci conservano, conforme alle indagini acutamente proseguite dallo stesso Riccobono (*Il valore delle collezioni bizantine per lo studio critico del « Corpus iuris »* in *Mél. Fitting*, 1908, vol. II, pag. 463 e seg.) la versione pregiustinianea adattata al nuovo diritto. Del resto la restituzione del vocabolo *servitutis* nel frammento genuino s'impone anche sulla base della mera interpretazione storica a cagione delle parole finali, perchè se la frase *non graviore servitute oneret*, conforme al linguaggio bizantino, che anticipa l'odierna servitù legale (cfr. Bonfante, *Servitù e limitaz. del dominio* in *Scr. giur. varî*, II, pag. 336, n. I), può esser riferita alle limitazioni legali della proprietà, nel linguaggio classico essa non può alludere che alle servitù vere e proprie.

7° Da ultimo, conforme al suo sistema, che incatena il condomino al consenso degli altri condomini in ogni rapporto, il mio illustre amico è costantemente preoccupato di eliminare ogni traccia dell'azione autonoma del condomino. Nella L. 32, D., 39, 2, sarebbero interpolate le parole *quia ipse reficere possim* (la casa comune, che ha bisogno di restauro), che pure esprimono una motivazione, la cui soppressione lascia il testo monco e inintelligibile (1). Sarebbe interpolato dai Visigoti il testo delle sentenze di

(1) Abbiamo riferito sopra il testo. Ecco come esso verrebbe ad essere ricostruito in questa parte secondo il Riccobono (pag. 83): « nostri praeceptoris negant cavere te debere [quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim iudicio societatis aut, Trib.] communi dividundo ». D'altra parte anche a voler rifiutare nel periodo

Paolo (V, 10, 2) fuori della compilazione giustinianea (1). Altrove egli stesso s'avvede che non si può stringer troppo le cose e a proposito della L. 13, D., 8, 2, di Proculo circa gli stucchi e le pitture sulla parete comune, osserva che « le esigenze del diritto non vengono mai a porsi in contrasto col buon senso, come verrebbero a trovarsi vietando al condomino di tener la parete decorosa o di spazzare via i ragnateli dalla medesima, senza il consenso degli altri » (Riccobono, pag. 46).

A parte gli argomenti che sono più recisamente contro la tesi del Riccobono, a parte l'esegesi dei testi che abbiamo compiuto nel nostro studio, a me sembra da richiamare l'attenzione sopra un punto di vista generale. Il regime classico da me ricostruito è individualistico senza dubbio, ma tollerabile. Il condomino può agire, può far bene o male, ma l'altro condomino deve star desto, vigile: soltanto contro le malversazioni giuridiche, che sono veramente pericolose, egli è garantito dal diritto. Il regime che il Riccobono suppone non è affatto individualistico, come egli dichiara, ma il più socialistico possibile; il condomino non è indipendente, ma incatenato perennemente al consenso degli altri condomini. La macchina non si muove senza l'adesione preventiva, espressa, unanime dei soci. Ora questo regime è conforme allo spirito del diritto giustinianeo ed è tollerabile nel diritto giustinianeo che ha disposto il *deus ex machina*, che scioglie ogni difficoltà, l'*actio communi dividundo*, cioè l'intervento costante del giudice con arbitrio quasi amministrativo e burocratico, ma pel diritto classico che ignora tale funzione dell'*actio communi dividundo* il regime è senza uscita.

---

precedente la correzione di *meas aedes* in *eas sedes*, ritenuta dalla glossa insino al Mommsen, è certo che anche nel periodo precedente l'*actio communi dividundo* è relativa insieme col *iudicium societatis* al ricupero delle spese.

(1) Riccobono, pag. 87.

XXVIII.

Il " ius adcrescendi „ nel condominio (*).

1. Il diritto di accrescimento nel condominio romano è un ramo dell'istituto che si riconnette propriamente alla disposizione giuridica della cosa, ma per la sua complessa figura, pel suo valore teorico nel tema del condominio e anche fuori di esso, per la sua importanza pratica assume un rilievo particolare.

Il *ius adcrescendi* in generale implica che quando alcuno tra varî titolari di diritti non possa o non voglia acquistare, cioè quando rinunci o sia incapace, l'altro subentri in sua vece. Nel condominio questo sistema vige ancora nel diritto giustinianeo in ordine agli acquisti da parte dello schiavo comune; se l'uno dei condomini, a cui favore avverrebbe l'acquisto *pro portione dominica*, non possa acquistare, l'acquisto avviene per intero a favore dell'altro condomino. Il principio, in cui paiono concordi tutti i giuristi romani, e Marcello è d'accordo con Giuliano, è riferito alla giurisprudenza dei *veteres* (1). Nel diritto classico, come è noto, vigeva altresì in ordine alla manomissione dello schiavo operata dall'uno dei condomini; lo schiavo così manomesso non diveniva libero, ma la quota del condomino manomittente era acquisita all'altro condomino, e nei testi abbiamo la vera terminologia del *ius adcrescendi* e dell'*adcrescere* (2).

(*) Dai *Rend. del R. Ist. Lombardo*, vol. XLVI, 1913, pag. 831 e seg.; vedi anche nel *Filangieri*, settembre-ottobre 1913. Con postilla.

(1) L. 1, § 4, D. *de stip. serv.*, 45, 3; L. 7 *eod.;* L. 8; L. 9; L. 10; L. 17; L. 16; L. 19; L. 27 *eod.;* L. 12, D. *de auct. et cons. tut.*, 26, 8.

(2) Ulp., *Reg.*, 1, 18; Paul., *Sent.*, 4, 12, 1; *Fragm. Dos.*, 10.

La deroga in favore della libertà è stata qui espressamente introdotta da Giustiniano, il quale nella sua legge ci riferisce alcuni interessanti spunti classici in materia (1).

Controverso è se il *ius adcrescendi* abbia vigore nella *derelictio* da parte dell'uno dei condomini, cioè nell'istituto che ne sarebbe la più schietta e generale espressione. Abbiamo nelle Pandette un solo testo, la celebre ed oscura legge di Modestino.

L. 3, D. *pro der.*, 41, 7: MODESTINUS, *libro sexto differentiarum:* « An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, [ut hoc sit in parte, quod in toto]: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat ».

Tutta la questione si aggira sull'inciso alquanto mistico *ut hoc sit in parte quod in toto.* Le due opinioni — *derelictio-occupatio* da un lato, *ius adcrescendi* dall'altro — tengono egualmente il campo e si bilanciano nell'interpretazione di questo testo. Secondo la prima le parole del giureconsulto dovrebbero significare che, se non è lecita la derelizione di una *pars* al domino solitario, in quella vece nella ipotesi della derelizione della sua *pars pro indiviso* operata dal condomino si verifica ciò che avviene per la derelizione del tutto, cioè che la parte può essere derelitta dal condomino, non altrimenti che il tutto dal domino solitario. Secondo la dottrina del *ius adcrescendi* le stesse parole vorrebbero dire che sulla parte abbandonata dall'uno dei condomini viene a gravare il diritto che grava sul tutto, cioè il diritto dell'altro condomino.

Questa seconda opinione (della quale in Italia il più illustre rappresentante è Vittorio Scialoja) è sostenuta con sfumature concettuali diverse a seconda della teoria difesa dagli autori. Per la maggior parte degli scrittori l'accresci-

---

(1) L. 1, Cod., 7, 7; cfr. § 4, I, 2, 7. La riforma giustinianea e il motivo dell'interpolazione in L. 30, D., 40, 12.

mento è una conseguenza del diritto *intero* di ciascun condomino sulla cosa (sia un solo diritto, siano tanti diritti quanti i condomini), per cui l'esplicazione del diritto spettante a ciascuno è semplicemente limitata dalla concorrenza, dal *concursus*, onde avviene che spontaneamente si allarghi, o si estenda anche a tutta la cosa, se il *concursus* scema o viene a cessare. Altri, come lo Scheurl (1) e il Segrè (2), ripudiano il *concursus*, e intendono, a detta loro, il *ius adcrescendi* non come acquisto del diritto altrui, ma come semplice ampliamento del proprio, richiamandosi, come a fenomeno giuridico analogo, a quell'istituto che noi moderni con termine antiromano e deplorevole, ma oramai tradizionale, chiamiamo accessione. A mio avviso, questa seconda opinione, se dal lato positivo è piuttosto vaga, e forse non dice cosa esatta, dal lato negativo, in quanto prescinde dal *concursus*, è nel vero; e sebbene io mi proponga nei miei studi sul condominio di astenermi più che è possibile dalle discussioni concettuali ed astratte, non di meno, data l'importanza di questo punto per l'esegesi e per la valutazione dei suoi risultati, e data anche l'oscurità e la fallacia di criteri che regna sul tema del *ius adcrescendi*, specialmente nel condominio e in quello che è il suo territorio più vasto, il diritto ereditario, credo pregio dell'opera spendere non molte parole per porre almeno chiaramente la questione e dissipare alcuni equivoci; il che sarà utile anche se nel breve cenno che dovrò dare io non riuscissi a far persuasi di quella che io ritengo la vera spiegazione.

2. Se noi contempliamo il diritto di accrescimento nel territorio che ne offre la più ricca e varia esplicazione, cioè il diritto ereditario, esso ci appare sotto due forme: l'una indipendente non solo dalla volontà dell'erede a cui

(1) *Weitere Beiträge. I. Teilbarkeit*, etc., pag. 26 e seguenti.

(2) *Sulla natura della comproprietà*, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. VI (1889), pag. 334 e seg. e specialmente pag. 337 (pag. 146-149 dell'estratto).

favore si verifica, ma anche da quella del defunto, anzi eventualmente in contrasto con questa, ed è l'accrescimento tipico, generale tra coeredi; l'altra invece, dipendente dalla volontà del defunto, ed è l'accrescimento basato sulla *coniunctio*, il quale accrescimento si presenta come una deroga e una limitazione all'accrescimento generale e potrebbe quindi designarsi nel tema dell'eredità col nome di accrescimento eccezionale.

Il fondamento di questa seconda figura subordinata di accrescimento, la quale si verifica anche nei legati, è evidente: essa deriva dalla chiamata cumulativa, *in solidum*, *in totum*, operata dal defunto (non altro è il significato della *coniunctio*, e non altro è il motivo concettuale delle discussioni se debbasi ammettere la *coniunctio re* in qualunque forma, o soltanto la *coniunctio re et verbis*, ovvero la *coniunctio verbis* in generale, ovvero tutte le forme, *re et verbis*, *re tantum*), onde il corollario naturale che le parti risultano dal concorso, e se uno degli eredi non acquista, il diritto dell'altro può ampliarsi ed anche estendersi al tutto. Come si vede, al contrario di quel che lo Scheurl asserisce, è precisamente in questa ipotesi, della chiamata *in solidum* e del concorso, che si ha quasi una naturale esplicazione del proprio diritto, e non già acquisto di nuovo diritto. Questo evidente fondamento dell'*ius adcrescendi* nell'ipotesi della *coniunctio* è, d'altra parte, cosa dichiaratissima nelle fonti.

I testi in materia di *coniuncti heredes* o *coniuncti legatarii* sono piuttosto numerosi: ricordiamo il testo celebre che suol esser a torto invocato pel diritto generale dell'accrescimento ereditario, la L. 80, D., 32: Celsus, *libro trigesimo quinto digestorum:* « Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: *totam* hereditatem et *tota* legata singulis data esse, partes autem *concursu* fieri ». Ricordiamo anche la massima di Celso: « totiens ius adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui *solidum* habuerunt, *concursu* divisus est » (nel caso speciale, l'usufrutto: *Fr. Vat.*,

78 = L. 3 pr., D., 7, 2). E se per avventura non è chiara nella specie concreta la *coniunctio*, cioè non chiaro se il defunto abbia attribuito il *solidum*, il *totum* a ciascuno, allora il diritto di accrescimento non ha luogo: « nam videtur — dice pure nello stesso caso il grande giureconsulto, che rappresenta nell'epoca adrianea l'ala opposta a Celso, cioè Giuliano — usumfructum (per partes) constitutum, non per concursum divisum » (*Fr. Vat.*, 78: cfr. L. 1, § 4, D., 7, 2).

Il ragionamento dei giureconsulti romani in questa figura del *ius adcrescendi* s'impernia sempre sull'antitesi sopraddetta, e ha rilievo in frasi tipiche: si dice regolarmente: *ius adcrescendi locum habet*, *ius adcrescendi cessat*, secondo che il giureconsulto statuisca che si abbia chiamata cumulativa, *in solidum*, per il *totum*, é quindi parti formate dal concorso, ovvero egli stimi che le parti si debbano ritenere fissate già dal defunto.

Ma se chiara e non dubbia è la ragione del *ius adcrescendi* in tema di *coniunctio*, in quella vece la spiegazione del *ius adcrescendi* ereditario nella sua figura generale è tutt'altro che chiara e pacifica. Il tema è stato attratto nella sfera dei sogni e delle fantasmagorie che dominano la materia della eredità, e che con successo finora parziale io mi proposi di fugare; la continuazione inscindibile della personalità del defunto, l'inscindibilità dell'elemento subbiettivo, e simili. Il concetto che, per la sua apparenza meno metafisica, ha finito negli ultimi tempi con prevalere è che si abbia anche qui una chiamata nello stesso *intero patrimonio*, e quindi le parti siano determinate dal concorso.

Questo concetto aveva la sua verbale giustificazione nella terminologia giustinianea della *successio in universum ius* o dell'*universitas*, nell'esser considerato ciascun erede anche nella coeredità come un successore universale; ma la forza inerte della tradizione è tale che esso permane anche in autori, i quali, dopo la mia confutazione e dopo la mia dimostrazione delle interpolazioni giustinianee, hanno ab-

bandonato quella deplorevole terminologia (1). Una spiegazione, che è esatta per l'accrescimento eccezionale e subordinato derivante dalla *coniunctio*, per questo solo non dovrebbe esser ritenuta esatta per il diritto di accrescimento generale: il vero è ad ogni modo che la presunzione d'una chiamata nell'intero patrimonio, più che arbitraria, è in contrasto con la volontà effettiva del defunto e con le dichiarazioni perspicue delle fonti. Il defunto non ha istituito nel *solidum*, ma ha fatto le parti, il defunto può aver proibito l'accrescimento e non di meno questo si verifica; le fonti dichiarano precisamente pur esse: « uni duo pro solido heredes esse non possunt » (2). Si adduce, è vero, in senso contrario (a parte la famigerata *successio in universum ius*) anche la L. 80, D., 32 cit.; ma è veramente strano come non si rifletta (salvo una sola eccezione a questo generale lasciarsi andare alla deriva, il Köppen) che quel testo si riferisce precisam te alla *coniunctio*.

La spiegazione di un fenomeno, che è peculiare al diritto ereditario romano (il nostro diritto non conosce se non l'accrescimento che è conseguenza della *coniunctio*), non può esser ricercata se non nella natura del diritto ereditario romano. Il mio avviso, noto a coloro che non ignorano i miei scritti sull'eredità, è che tale accrescimento consegue dal fatto che l'acquisto del patrimonio ereditario è un acquisto non immediato, bensì mediato, indiretto: che esso dipende (nell'eredità romana s'intende) dall'acquisto di un diritto formale, il titolo d'erede, e che soltanto chi ha questo titolo può essere chiamato ad acquistare la quota del patrimonio vacante prima dell'adizione: il quale titolo nelle origini

(1) Così Perozzi, *Istituzioni*, II, § 209, pag. 445. — Anche il Ferrini, pur accettando il mio concetto dommatico dell'eredità, si atteneva ancora pel diritto di accrescimento alla spiegazione della chiamata nell'intero patrimonio (*Pandette*, n. 618, pag. 756); quando egli scriveva, però, io aveva bensì svolto le mie teorie sull'origine e la costruzione dommatica dell'eredità romana, ma non avevo ancora attaccato l'*universitas*.

(2) L. 141, § 1, D. *de r. i.*, 50, 17.

doveva significare la sovranità sul gruppo familiare. Ma poichè io non voglio imporre le mie idee come base del ragionamento (vorrei soltanto che fossero con più equità e più serietà considerate), da questa spiegazione prescindo. A me basta soltanto di aver posto chiaramente, credo, la questione del diritto di accrescimento; a me basta di far rilevare quanto da questa posizione limpidamente risulta, cioè che, se l'accrescimento derivante dalla *coniunctio* si può veramente considerare come un ampliamento naturale, spontaneo del proprio diritto sino agli estremi confini suoi, per esser cessata la collisione col diritto concorrente, e si potrebbe significare con l'espressione *diritto di non decrescimento* (secondo la frase drastica con cui si è voluto rappresentarlo), nell'accrescimento generale si tratta precisamente dell'acquisto di un diritto, di una quota vacante, il quale si verifica in conseguenza d'un diritto eminente, di qualunque natura esso sia. Nell'un caso, infatti, il diritto iniziale di ciascuno si può veramente dire, almeno potenzialmente, *in solidum*, nell'altro il diritto iniziale di ciascuno è a una *pars*.

Ora, nel condominio noi non abbiamo il parallelo con l'accrescimento della *coniunctio*, bensì con l'accrescimento generale e tipico del diritto ereditario romano. Nel condominio non si parla di un diritto *in solidum* di ciascuno sulla cosa, non si parla mai di *concursus*, come nella *coniunctio*, come nella ipotesi analoga della *missio in possessionem*, in cui il pretore non fa le parti, ma ciascuno tra più immessi s'intende immesso nel *totum* (« cum igitur plures mittuntur in possessionem, aequaliter omnes quasi *in totum* missi *concursu* partes habebunt »: L. 15, § 18, D. *de damno inf.*, 39, 2): anzi (lasciando pure i termini *pars rei* o *pars dominii*, che fanno riscontro alle *partes hereditatis*) è noto quanto travaglio abbia dato agli interpreti la massima *duorum in solidum dominium esse non potest*, la quale pur essa ha riscontro nell'enunciato di Paolo in materia ereditaria: *uni duo pro solido heredes esse non possunt.* Io non starò a ripetere e a criticare gli affannosi travolgimenti di quella massima suggeriti dalla

esigenza di salvare non tanto il *ius adcrescendi*, che per lo meno in ordine agli schiavi è indubitato, quanto la spiegazione comune di esso: credo di aver dimostrato abbastanza che questa spiegazione non regge: che bisogna considerare questo diritto di accrescimento come parallelo al diritto di accrescimento generale della coeredità romana. Volendo esprimere la mia opinione, io ritengo probabile anche a questo riguardo che nel pensiero genuino dei Romani la proprietà fosse pur essa concepita come un diritto eminente, sovrano sulla cosa, pel quale ogni ampliamento naturale o giuridico ridonda a vantaggio del titolare: numerosi elementi mostrano che soltanto per questa ragione i Romani rifiutano il nome di proprietà ad una serie di signorie generali sulla cosa, cui dal nostro punto di vista puramente economico quel nome si confà benissimo, tanto che noi romanisti, contro il linguaggio romano, lo usiamo per quelle figure (1); ma di nuovo, anche a questo riguardo, non desidero imporre le mie idee come base del ragionamento. A me basta pur sempre quanto anche qui da elementi indubitati risulta: il *ius adcrescendi* nel condominio, come il *ius adcrescendi* generale dell'eredità, non è ampliamento del proprio diritto, ma acquisto, o riassorbimento, se si vuole, di un diritto altrui, che si rende vacante.

3. Tornando ora all'esegesi e al testo di Modestino, il ragionamento fatto circa la natura del *ius adcrescendi* nel condominio ci dovrebbe togliere di pena circa l'interpretazione della prima parte del frammento. Qualunque sia il destino della *pars derelicta*, pare innegabile che ogni condomino è libero di operare la *derelictio*, cioè rinunciare alla *pars dominii* o *pars rei pro indiviso*, come dicono indifferentemente i Romani, alla quota, come usiamo dire noi moderni, e la *derelictio* per se stessa, cioè dal lato negativo,

---

(1) Cfr. per una dimostrazione sintetica di questo concetto le mie *Istituzioni*, V ediz., § 80, pag. 234.

ha il suo pieno effetto. *Eius esse desinit*, dice Modestino: che si possa spender parole per confondere o per dimostrare un elemento così chiaramente attestato, mostra quanto ancora nella scienza del diritto sia potente e prevalente l'influsso di quella dialettica verbale, che contrasta il terreno al lavoro veramente scientifico dell'analisi e della ricostruzione organica degli istituti. Ma se il punto negativo, l'efficacia della derelizione, si vuol ritenere certo, non è per questo meno giustificata la controversia sul destino della quota derelitta: la *pars derelicta* è essa oggetto di libera occupazione o si verifica immediatamente, necessariamente il *ius adcrescendi* a favore del condomino? Solo il puro dialettico, cui gli *idola fori* dell'essenza della *derelictio* e della *res nullius quae occupanti conceditur* stendono un velo avanti ai fenomeni positivi (come nel dominio della biologia e della fisica antica gli *idola tribus* rappresentati dall'orrore del vuoto, dall'essenza delle cose, dalla virtù degli elementi impedivano di osservare la realtà esteriore e le relazioni vere tra i fenomeni naturali), potrà col riconoscimento dell'efficacia della *derelictio* stimar risoluta la questione nel senso della libera occupazione, ovvero, per sfuggire a questa apparentemente ineluttabile illazione, credersi obbligato a negare la derelizione, o almeno adottare un termine medio, riconoscendo la derelizione, ma negando, contro le dichiarazioni espresse dalle fonti, la perdita del dominio (*Dereliction, nicht Herrenlosigkeit*). In realtà le stesse fonti romane, per non uscire da queste, ci offrono categorie numerose di *res nullius*, in cui l'appropriazione è ordinata secondo principî diversi da quelli dell'occupazione, ovvero è senz'altro negata la possibilità di appropriazione.

Nondimeno, così come si legge nelle Pandette, il testo di Modestino nel suo secondo inciso relativo alla questione, cioè nelle parole *ut hoc sit in parte*, etc., per infelice che sia la sua formulazione, non sopporta altra spiegazione se non che la *derelictio* della quota di condominio (della

pars pro indiviso) ha lo stesso trattamento che la *derelictio* della cosa intera, del *totum*, cioè che la *pars derelicta* è oggetto di libera occupazione. Il testo pone una questione che pare dibattuta tra i giureconsulti (*quaeri solet*) (1), sebbene non ce ne rimanga altra testimonianza: si può derelinquere la parte di un tutto? e risponde con una distinzione: Lo può fare il condomino per la sua quota, dimodochè per questa ipotesi si verificano le stesse conseguenze che nella derelizione di un tutto; ma per contrario (*atquin*) non lo può fare il domino solitario, che voglia limitarsi all'abbandono di una parte.

I fautori del *ius adcrescendi* muovono a questa interpretazione alcune obbiezioni formali e alcune sostanziali, dirette a negare la *derelictio*, in quanto par questo il vero modo di affermare il *ius adcrescendi*. E per quanto il punto della *derelictio* sia, per nostro avviso, altrettanto innegabile quanto indifferente nell'una o nell'altra teoria, ci gioverà tuttavia dissipare in questo esame critico le ultime preoccupazioni risorgenti in forma esegetica o pratica contro l'ammissione di un vero e proprio abbandono. La formulazione stessa (si dice) della ipotesi circa la derelizione di una *pars pro indiviso* da parte del condomino sembra ripugnare alla *derelictio:* il testo, nella lezione della Fiorentina, dice *reliquerit*, non *dereliquerit*, che è una emendazione della Vulgata. Per esprimere inoltre l'idea che della parte avviene lo stesso che del tutto, Modestino avrebbe scelto una espressione abbastanza infelice, poichè egli avrebbe dovuto dire: *ut hoc sit partis quod totius*. Dal lato sostanziale il giureconsulto dichiara assurda la derelizione di una quota da parte del domino solitario, e pare assurdo veramente che una cosa resti per

(1) Il *quaeri solet*, peraltro, crediamo che si riferisca, come del resto è impostata la questione da Modestino, al quesito generale della derelizione di una *pars*, sia da parte del condomino, sia da parte del domino solitario, non già al punto speciale se sia possibile una *derelictio* precisamente da parte del condomino, che non dev'esser mai stato oggetto di vera discussione, almeno quanto all'effetto negativo.

una quota di Tizio e per una quota divenga *nullius;* ora come potremmo trovar possibile lo stesso evento nel condominio? E per qual ragione si nega al domino solitario e si concede al condomino la facoltà di derelinquere?

Non neghiamo che le obbiezioni sulla forma del testo di Modestino sieno, in parte almeno, degne di apprezzamento. Per quanto l'autore del frammento non sia un giureconsulto dei bei tempi, tuttavia non appartiene ancora agli autori della decadenza, onde le irregolarità e le oscurità del suo linguaggio appaiono piuttosto strane. Non neghiamo nemmeno il valore delle ragioni sostanziali. Tuttavia si potrebbe osservare circa l'una di esse che Modestino non dichiara assolutamente assurda la derelizione parziale del domino solitario, ma dichiara propriamente che egli non la può fare. Quanto alla seconda (la ragione della differenza) osserviamo che la posizione del domino solitario e del condomino non è in questo rapporto identica. L'abbandono puro e semplice di una quota da parte del primo è strano. Come può egli attuare questo abbandono? Non si può pensare che a una derelizione *solo animo*, giacchè un atto materiale egli non può compierlo certamente; ed appartiene veramente alle situazioni inconcepibili il comportamento di chi, continuando a possedere e godere la cosa, voglia possederla e goderla salvo una quota o frazione astratta. E che cosa vuol fare egli? Intenderà forse di sottrarsi ai pesi che eventualmente il dominio porta con sè; ma è ammissibile che egli vi si sottragga *pro parte?* Il condomino, invece, staccandosi completamente dalla cosa, viene ad abbandonarla per suo conto integralmente, e la sua derelizione è completa, *animo et corpore;* la sua posizione rispetto alla cosa, essendo completamente negativa, non ha nulla di inconcepibile e non è diversa da quella del proprietario solitario derelinquente; e poichè egli abbandona quello che è suo, interamente e nei modi debiti, non gli dev'essere negato questo diritto di abbandono, se non si vuol far di lui un proprietario servo della gleba. E quanto

al punto che cosa egli voglia fare, è chiaro ch'egli intende in generale sottrarsi ai pesi della cosa, nè ripugna che lo possa fare, perchè il condomino vi si sottrae per intero, con sacrificio del suo diritto. Una siffatta norma è tanto equa che noi la ritroviamo in altri campi, che spontaneamente tornano a memoria, ed è quasi divenuta un principio generale nel diritto moderno. D'altra parte, sempre per quel che concerne il lato negativo — l'abbandono e la perdita del proprio diritto — il punto ci è quasi direttamente prospettato in questa luce dalla nota disposizione di Marco Aurelio, che comminava al condomino la perdita del proprio diritto a favore dell'altro condomino, quando non si fossero entro quattro mesi risarcite le spese fatte da questo per i restauri: è a credere, infatti, come io già ritenni (1), che questa disposizione si ricolleghi alla pratica di rinunciare alla propria quota, quando il socio voglia compiere dei restauri necessari, cui non si può dal primo condomino opporre il proprio veto, benchè egli ritenga per proprio conto che non giovi spender danaro per conservare un oggetto che non dà reddito.

Finalmente, a differenza, pur sempre, di quel che avverrebbe nell'ipotesi del domino solitario cui fosse concesso di abbandonare una parte, qui l'acquirente è pronto ed è l'altro condomino; onde la configurazione d'una *res nullius* in condizioni forse troppo singolari viene ad essere un po' corretta, anche se può ritenersi equo per avventura di non imporre necessariamente all'altro condomino l'acquisto, come avviene col rigore del *ius adcrescendi*.

Nè si può negare che l'interpretazione delle parole di Modestino come espressione del *ius adcrescendi* è troppo sforzata. Il giureconsulto si sarebbe espresso in una maniera abbastanza oscura ed equivoca: egli avrebbe dovuto dire *hoc ius* o *idem ius*, non già *hoc*, nè avrebbe dovuto

---

(1) *Il « ius prohibendi » nel condominio*, in *Rend. dell'Ist. Lombardo*, 1913 (Lettura tenuta il 29 maggio), pag. 686 [v. sopra pag. 410, n. 2].

significare in un modo così sibillino l'altro condomino come colui il cui diritto aveva già per oggetto il *totum*.

Io credo peraltro che il testo di Modestino sia stato alterato dai compilatori. La famigerata frase *ut hoc sit in parte*, etc., nella sua vaga generalità e nella sua forma astratta, ha tutto il carattere dello stile dei compilatori: *hoc* per *idem* o *idem iuris* è quasi una rivelazione. Dal lato sostanziale è quasi logicamente impossibile che la derelizione parziale fosse regolata in modo diverso dalla manomissione parziale, giacchè il pensiero che ispira la soluzione classica della manomissione parziale non può essere che il vedere in essa una rinuncia al proprio diritto, un abbandono insomma.

Ed è forse un pensiero analogo nel suo eccesso logico a quello per cui la *in iure cessio hereditatis* dopo l'adizione produceva bensì il passaggio dei beni, ma quanto ai crediti dell'erede, che non potevano passare, l'effetto era di estinguerli (1): l'atto è voluto e compiuto nei modi debiti, e se dal lato positivo non regge, pur tuttavia si ritiene efficace dal lato negativo.

È agevole ricostruire il testo genuino di Modestino, solo che si tenga presente il testo parallelo del suo maestro Ulpiano, relativo alla manomissione parziale. Ulpiano dice del condomino manomittente *partem suam amittit*, Modestino dice del condomino derelinquente *eius* (*pars*) *esse desinit*, Ulpiano prosegue *eaque adcrescit socio* e non altrimenti doveva proseguire il suo discepolo.

Mod., 3, 41, 7: « si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, *eaque adcrescit socio* ».

Ulp., 1, 18: « communem servum unus ex dominis manumittendo, partem suam amittit, *eaque adcrescit socio* ».

4. Si sono addotti per vero, e da chi pure interpreta il testo di Modestino allo stato attuale nel senso del *ius adcre-*

(1) Gaii, II, 53, III, 85.

scendi, altri testi a dimostrare come la logica necessità del *ius adcrescendi* non fosse pacifica tra i giureconsulti classici (1) e sono la L. 20, D. *de leg.*, 31, e la L. 7, § 3, D. *de lib. causa*, 40, 12. Ma questi testi, e specialmente il secondo, costituiscono la riprova del nostro asserto.

L. 20, D. *de leg.*, 31: Celsus, *libro nonodecimo digestorum:* « Et Proculo placebat, et a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere: non enim coniunctim, sed partes legatas: nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet ».

Ora il tenore stesso manifesta che qui si enuncia una dottrina speciale, che può anche ritenersi per la dottrina della scuola Proculeiana. Ma questa dottrina che respinge il *ius adcrescendi* nel legato *per vindicationem* allo schiavo comune, cioè in una ipotesi in cui domina la volontà del defunto, espressa dalla *coniunctio* o meno, in cui al disopra del legatario v'è un titolare eminente e assorbente, l'erede, è relativa a un territorio così particolare e subisce l'influenza di tali principî preponderanti, che non può valere ad illuminare il pensiero dei Romani in ordine al tema generale: anzi in un certo senso depone a favore del *ius adcrescendi* come principio nei rapporti tra condomini.

Gravissimo, invece, è l'altro testo: gravissimo, intendo, contro la nostra tesi nelle apparenze, a favore di essa nella realtà.

L. 7, § 3, D. *de lib. c.*, 40, 12: Ulpianus, *libro quinquagesimo quarto ad edictum*: « Si duo simul emerint partes, alter sciens, alter ignorans, videndum erit numquid is qui scit non debeat nocere ignoranti: quod quidem magis est.

---

(1) Segrè, loc. cit., pag. 338 (pag. 150 dell'estr.) e seg. Lo Steinlecner, con un'arditezza che il Segrè si è guardato giustamente dall'imitare, dichiara errato senz'altro nel secondo e più grave testo il ragionamento ulpianeo: cfr. *Das Wesen der « iuris communio »*, pag. 73, nota 1. Il Seeler, *Miteigenthum*, pag. 65 e seg., ne fa suo pro per la tesi che nega il *ius adcrescendi*.

Sed enim illa erit quaestio, partem solam habebit is qui ignoravit an totum? et quid dicemus de alia parte? an ad eum qui scit pertineat? sed ille indignus est quid habere, quia sciens emerit. Rursum qui ignoravit non potest maiorem partem dominii habere quam emit: evenit igitur, ut ei prosit, qui eum comparavit sciens, quod alius ignoravit ».

La specie è relativa al noto senatoconsulto che commina la perdita della libertà all'uomo libero e maggiore (1), che siasi lasciato vendere come schiavo, a patto però che il compratore ignori il suo stato, cioè sia in buona fede. Che avverrà se di due compratori in comune dello stesso schiavo l'uno ignori, l'altro sia invece a notizia del vero stato dell'uomo che si lascia vendere? Dopo una lunga e stentata discussione che va a ondate, ora in un senso, ora in un altro, il cui motivo sembra esser questo che nessuno dei due acquirenti debba avere più che la sua parte, si decide in modo veramente strano e quasi per levarsi d'imbarazzo che abbia la sua parte anche colui che sa, il quale, dice il testo, viene così ad essere beneficato per il fatto che l'altro ignora.

Senonchè il frammento dalle parole *sed enim*, cioè in tutta la seconda parte, è opera dei compilatori. Lo manifesta anzitutto la soluzione illogica e la netta contraddizione tra la prima e la seconda parte. Se il testo si conchiudesse alle parole *quod quidem magis est*, nessuno dubiterebbe che il principio posto dal giureconsulto fosse il seguente: che colui che sa non debba nuocere a colui che ignora, e, poichè colui che ignora non può trattenere lo schiavo a metà, egli ne diviene proprietario esclusivo. E la soluzione sarebbe logica ed equa nell'applicazione del *ius adcrescendi*. La soluzione che invece è soggiunta rap-

(1) Io veramente sarei in dubbio se la restrizione assoluta di questa pena ai maggiori di età si debba riconoscere nel diritto giustinianeo, giacchè mi sembra interpolato con intenzione il *maxime* della L. 7 pr., D. *de lib. c.*, 40, 12; data la proposizione principale (*nihil obest*), l'incastro è uno dei meno sensati.

presenta un espediente illogico ed iniquo, iniquissimo anzi se vogliamo credere ai principî che dominano l'*ignorantia facti* nel diritto romano e alla dichiarazione di Terenzio Clemente: *iniquissimum videtur ignorantiam alterius alii profuturam* (1).

Lo manifesta il linguaggio di questa seconda parte del testo, che reca tutte le caratteristiche dello stile dei compilatori: una serie ininterrotta di interrogazioni sino alla fine; un procedere concitato e a singhiozzi che non appartiene all'onda dello stile ulpianeo; ellissi di pensiero e di parole; sgrammaticature, come *indignus est quid habere*, e contorsioni; finalmente un fraseggiare inelegante in ogni proposizione.

Che poi la soluzione attribuita qui al giureconsulto non ci presenti diritto classico, ma diritto giustinianeo, risulta da un'altra legge delle Pandette che offre un'inconciliabile antinomia con la precedente, benchè la vecchia esegesi conciliativa o all'estremo correttiva del testo abbia pur qui fatto le sue prove. Si tratta di una legge sfuggita ai compilatori, perchè appartenente ad una massa diversa, la papinianea, mentre il testo di Ulpiano è estratto dalla massa edittale.

L. 5, D. *quibus ad libertatem*, 40, 13: Paulus, *libro singulari ad Senatus consultum Claudianum:* « Si duo liberum hominem maiorem annis viginti emerimus, unus sciens eius condicionem, alter ignorans, non propter eum qui scit ad libertatem ei proclamare permittitur, sed propter eum qui ignorat servus efficietur, sed non etiam eius qui scit, sed tantum alterius » (2).

---

(1) L. 5, D. *de iur. et f. ign.*, 22, 6.

(2) Una divergenza di vedute tra Paolo e Ulpiano, o anche in generale tra i giureconsulti classici sull'argomento, non sarebbe inverosimile; ma tutto porta a credere ch'essa concernesse il punto se l'incapacità di acquisto dell'uno dei due soggetti in un caso simile potesse profittare all'altro o invece dovesse esser lecita all'uomo libero venduto la *vindicatio in libertatem*, data la scienza di uno almeno dei com-

5. Io credo di poter concludere con sicurezza che il *ius adcrescendi* era veramente il principio classico in materia di condominio: ma con altrettanta sicurezza ritengo che il diritto giustinianeo abbia accolto il principio contrario.

Nel nuovo diritto la manomissione parziale, sia pure per l'azione concomitante di altre forze sociali, non si vuol più che generi l'accrescimento, e l'abbandono della quota di condominio in generale è ordinato con le normali conseguenze della *derelictio*. Quanto all'accrescimento negli acquisti dallo schiavo esso rappresenta ormai una singolarità, che si può giustificare, come si giustifica infatti dai romanisti, o col riguardo alla prevalenza che ha in questo oggetto la potestà sulla proprietà, o con una presunzione

---

pratori. La conciliazione più ordinaria dei due testi (cfr. Glossa e Cuiacio ai luoghi relativi, e specialmente alla L. 7, § 3, D., 40, 12, di Ulpiano) era quella di distinguere tra compera di due acquirenti *pro parte* e compera *in solidum*, richiamando in proposito la L. 22, § 1, D., 40, 12, relativa all'esperimento dell'azione *in factum* per la restituzione del prezzo e il risarcimento dei danni, concessa al compratore di buona fede nei casi in cui all'uomo libero venduto è lecita la *vindicatio in libertatem*. Ma il testo di Paolo tratta evidentemente la stessa ipotesi del testo di Ulpiano, non può riferirsi a due vendite *in solidum* conchiuse in diversi momenti da due acquirenti ignari l'uno dell'altro. Inoltre, posta in questi termini, la questione sarebbe insulsa, o per meglio dire non vi sarebbe questione: l'uomo libero può esser stato venduto dolosamente dieci volte, ma se uno solo dei compratori era in buona fede, quello ne diventa *dominus*. Azone, seguìto da Accursio, cfr. « *glossa ignorans* » alla L. 7, § 3, D., 40, 12, preferiva con una lieve alterazione di punteggiatura (l'interrogativo dopo il primo membro) intendere la legge di Ulpiano un po' sforzatamente nel senso dell'accrescimento a favore dell'acquirente di buona fede, cioè nel senso di Paolo.

Notiamo da ultimo *per incidens* che l'impostazione della questione, così in Paolo come in Ulpiano, sarebbe incomprensibile se nella mente dei giureconsulti non vi fosse stato il pensiero della imprescindibile necessità dell'accrescimento, e che la soluzione nel senso dell'accrescimento in pro dell'uno dei compratori e *contro la libertà* del venduto è abbastanza grave, tanto più se si consideri che nella compravendita da parte di un solo, essendo in mala fede così l'uomo libero venduto, come il compratore, la soluzione è invece a favor del primo, cioè *per la libertà* (cfr. L. 7, § 1, D., 40, 12).

di volontà del servo stesso e del contraente con esso (1); ond'è che, data una presunzione di simil natura, questa applicazione sopravvivente del *ius adcrescendi* vien quasi ricondotta precisamente sotto quel punto di vista che noi dobbiamo ripudiare pel condominio; e Giustiniano sembra aver voluto accentuare questo punto di vista e questa interpretazione (2).

In realtà il *ius adcrescendi*, che, come il *ius prohibendi*, vigeva intero ed intatto nel diritto classico, ha subìto nel diritto delle Pandette analogo destino: in parte (e, aggiungiamo, nella parte e nelle applicazioni più tipiche), abolito, in parte travolto e sfigurato da una nuova concezione.

Postilla. — Due nuovi contributi debbo richiamare sul *ius adcrescendi:* uno è lo studio quasi contemporaneo del Riccobono sulla comproprietà, inserito negli Atti del Congresso storico di Londra del 1913, che abbiamo già largamente considerato (v. Postilla al *ius prohibendi*), nel quale studio il nostro argomento è contemplato in via incidentale; l'altro è uno studio dell'Eisele, posteriore, ma scritto pur senza conoscenza dei miei risultati (*Exegetica*, in *Zeitscr. der Sav. Stift. für Rg.*, vol. XXXV (1914), pag. 7-28).

L'Eisele, per cominciare da quest'ultimo, torna ad esaminare lungamente il testo di Modestino; e mi par cosa assai singolare che il veterano dell'interpolazione e del condominio (e veterano nel senso glorioso della parola) non abbia scorto l'interpolazione del testo di Modestino, e si perda in vecchie, vane e lunghe dispute concettuali con

---

(1) Cfr. Seeler, *Miteigenthum*, VIII, pag. 64-78.

(2) Cfr. L. 1, § 7, D. *de a. vel a. p.*, 41, 2. Le parole *si hoc agat servus ut uni adquirat* appartengono alle più antiche interpolazioni rilevate dal Gradenwitz (*Interpolationen*, pag. 22); non è improbabile che l'interpolazione cominci dalle parole *etiam singuli in solidum:* il senso stesso e il parallelo dell'acquisto del possesso coll'acquisto del dominio sembrano esigerlo.

l'intento di dimostrare di nuovo una cosa impossibile, cioè che il *ius adcrescendi* è affermato in quel testo così redatto com'è nelle Pandette. Debbo tuttavia rilevare con piacere che cionondimeno l'Eisele avverte l'interpolazione da me dimostrata della L. 7, § 3, D., 40, 12, di Ulpiano e precisamente nei termini da me fissati, cioè dalle parole: *sed enim illa*, etc.

Il Riccobono invece riconosce che il testo di Modestino è interpolato e sostanzialmente nel senso da me stabilito, ma in forma assai diversa, in quanto egli mantiene il testo delle Pandette così com'è, e solo vi aggiunge una chiusa soppressa, a suo avviso, dai compilatori, la quale finiva con negare la possibilità di *derelictio* di una *pars* della cosa comune.

Ecco la sua ricostruzione con la chiusa che rappresenterebbe il diritto classico (Riccobono, loc. cit., pag. 53): « An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat ‹verius est partem pro derelicto haberi non posse. nam socius rei communis, si alter partem suam reliquerit, totius rei solus dominus efficitur› ».

L'illustre interpolazionista e mio caro amico ha avuto, come sempre, il senso sicuro del mutamento apportato da Giustiniano; ma ha usato nella ricostruzione quella noncuranza che talvolta è lecita al maestro. La restituzione del Riccobono mantiene quella frase classicamente e stilisticamente impossibile *ut hoc sit in parte*, etc., la quale inoltre è difficile negare che significhi il riconoscimento della *derelictio* di *pars*, e innesta sul frammento del Digesto un'aggiunta mal connessa e inopportuna, poichè l'argomento della *derelictio* di *pars*, in quanto si riferiva alla *res communis*, era già esaurito in precedenza.

La chiave della restituzione del testo genuino è data nettamente, come abbiamo visto, dal parallelismo del testo

di Modestino col testo del suo maestro Ulpiano. Nondimeno la debolezza della restituzione eseguita da una mente qual è quella del Riccobono, rende la migliore testimonianza della sensazione irresistibile che il *ius adcrescendi* doveva appartenere alla concezione genuina del condominio romano.

XXIX.

Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio (*).

1. Seneca, il filosofo della latinità, il quale è a un tempo stesso tra gli scrittori non giuristi dell'evo antico il più pregno di spirito giuridico, in un'operetta preziosa più pel giurista che pel filosofo così rileva il carattere indefinitamente vario della comunione: « Non enim mihi sic cum amico communia omnia sunt, quomodo cum socio, ut *pars mea sit*, *pars illius*, sed quomodo patri matrique communes liberi sunt, quibus, cum duo sunt, *non singuli singulos habent*, *sed singuli binos*... Deinde *pluribus modis communia sunt*. Equestria omnium equitum Romanorum sunt; in illis tamen *meus fit proprius locus*, *quem occupavi;* hoc si cui cessi, quamvis illi communi re cesserim, tamen aliquid dedisse videor. Quaedam quorundam sub certa condicione sunt. Habeo in equestribus locum, *non ut vendam*, *non ut locem*, *non ut habitem*, in hoc tantum, ut spectem; propterea non mentior, si dico habere me in equestribus locum. Sed cum in theatrum veni, si plena sunt equestria, *et iure* habeo locum illic, quia sedere mihi licet, *et non habeo*, quia ab his, cum quibus mihi ius loci commune est, occupatus est » (1).

Invero il concetto della comunione è una categoria generale che si può applicare ai più svariati diritti, ed anche in relazione a uno stesso diritto assume le più svariate configurazioni. Non uscendo dal campo della proprietà sono innumerevoli le forme positive che il diritto vigente

---

(*) Dal *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XXV, 1912, pag. 196 e seguenti. Con postilla.

(1) Sen., *De ben.*, 7, 12.

dei popoli e la storia del diritto ci offrono rispetto all'ordinamento giuridico e al godimento complessivo di uno stesso oggetto, dai tipi più eterogenei di condominio alle molteplici forme di proprietà collettiva e alle sfumature indefinite della persona giuridica concepita come subbietto del dominio. Nello stesso diritto romano *res communes* designa ora le *res publicae*, ora, e, pare, con significato quasi tecnico, i beni delle città e delle corporazioni, cioè di una *universitas* (1), ora le *res communes omnium:* e finalmente i Romani, com'è noto, non hanno altro termine per designare il condominio e l'oggetto tenuto in condominio. Il concetto della *res communis* sembra pertanto oscillare

---

(1) Adoperiamo questa parola nel senso del diritto giustinianeo, o meglio ancora del diritto comune. Non è punto inutile avvertire che essa non è nelle fonti romane genuine (cfr. Bonfante, *Istituzioni*, § 19, 5ª ediz., pag. 62). Nel linguaggio dei giureconsulti *universitas* non significava se non la collettività; il termine veniva applicato soltanto ai *cives* o *municipes* e aveva lo stesso preciso valore di *universi*, cioè non significava punto l'« unità », il « tutto », bensì semplicemente « tutti ». L'etimologia *vertunt in unum* è una etimologia fantastica a somiglianza di quelle di cui si compiacevano i giureconsulti romani per illustrare i loro concetti, senza alcun riguardo alla reale formazione della parola: in realtà la parola significava « tutti fino ad uno, *ad unum versus*, *ad unum omnes* », ed equivale ad espressioni analoghe che esistono in qualunque lingua per significare *tutti* in senso pregno ed enfatico « tutti quanti, ἅπαντες, *sämmtlich*, etc. ». I compilatori tuttavia sembra che abbiano per questa parola una simpatia speciale e sembra altresì che n'abbiano effettivamente alterato il senso in ciascuno dei suoi varî usi. Come essi hanno dato lo spunto per la creazione di una *universitas personarum*, generalizzando il termine *universitas* a tutte le corporazioni, così sono pur essi che (in un testo solo per vero), chiamando *universitas* l'armento, hanno dato l'*aire* alla costruzione delle *universitates rerum* o *facti* nel diritto delle cose (Bonfante, loc. cit., § 78, 5ª ediz., pag. 226), e sono essi infine che con l'interpolazione dell'*universitas* o dell'*universum ius* in materia ereditaria (Bonfante, loc. cit., § 22 e § 187, 5ª ediz., pag. 69, testo e nota, e pag. 512 e seg.) fornirono gli elementi per la dottrina dell'*universitas iuris* e per la fantastica *universitas* patrimoniale o ereditaria. [Cfr. *Scritti giuridici varî*, vol. I, n. VIII: *La « successio in universum ius »*, etc., pag. 250 e seguenti; n. IX: *La formazione scolastica della dottrina dell'« universitas »*, pag. 307 e seguenti. V. specialmente pag. 318 e 319].

tra i due poli dell'individuo e della società, secondo il rilievo maggiore o minore che ha il diritto dell'individuo o il diritto della collettività nell'ordinamento dell'istituto concreto che disciplina la comunione. I condomini sono detti *domini*, la cosa tenuta in condominio è detta anche *res sua* rispetto al singolo condomino, ma le *res publicae*, le *res civitatis* e le *res communes omnium* sono dette *res nullius*, e il motivo che si soggiunge per le prime è che esse appartengono alla collettività: *ipsius enim universitatis esse creduntur* (1).

In questo stato di cose non è agevole trovare in un istituto che ordina la comunione l'*ubi consistam* in un principio ispiratore, che regoli tutte le parti in un modo perfettamente logico ed uniforme. Incroci di norme diverse, contrasti nel regime, possono essere portati così da una necessità positiva di conciliare gli interessi di ciascuno e di tutti, come dall'evoluzione storica che mette in conflitto tendenze opposte: analizzare queste tendenze opposte, stabilire i limiti d'impero di ciascuna non è agevole, ma più malagevole è ancora decidere a quale di esse in un dato momento si debba attribuire la prevalenza.

Siamo in uno di quei casi in cui talora l'interpretazione, almeno nella pratica, riacquista quasi la sua libertà di fronte alla logica, e due correnti di idee possono essere egualmente giustificate, in quanto l'una può appoggiarsi alle finalità, che hanno radice nella storia della legge, l'altra alle finalità, che hanno una più poderosa efficienza nella vita.

2. Le considerazioni che abbiamo esposto valgano a spiegare il nostro punto di vista. Più che in qualunque

---

(1) Gaii, II, 9 = 1 pr., D., 1, 8. — Non è perciò da esagerare l'antitesi di *proprius* e *communis*. D'altra parte il termine veramente classico per significare la proprietà è *dominium*, successo all'antico *mancipium*: *proprietas* nel genuino linguaggio classico, come termine indicante la nuda e astratta pertinenza, non torna, si può dire, se non quando la proprietà è staccata dall'*usufructus*.

territorio del diritto la costruzione in tema di condominio è stata opera di pura speculazione. Coi risultati della speculazione si è poi cercato di armonizzare a forza, con quella dialettica sottile, che è spesso una calunnia della logica, i testi del diritto romano e le singole parti del regime. Ma la critica stessa ha proceduto con questo indirizzo. È un'osservazione giusta del Perozzi, il critico più radicale nella materia del condominio, che « le varie teorie sulla comproprietà sôrte fin qui (1) hanno questo di speciale: di essere addirittura dichiarate inconcepibili ». Non c'è esempio, soggiunge il Perozzi, « di un altro istituto, le teorie del quale vengano mutuamente dagli scrittori combattute tutte come inintelligibili, inafferrabili al pensiero, come avviene del nostro » (2). Il Perozzi ha in un certo senso fatto il fascio di tutte le critiche, dando ragione nella parte negativa a tutti gli scrittori. La critica stessa, dunque, ha seguìto una via puramente speculativa. Lo scritto citato del Perozzi è un capolavoro di dialettica, in cui si cercherebbe invano la citazione di un testo e il richiamo di un principio positivo.

Vi ha di più: il processo dimostrativo delle singole costruzioni è non solo troppo abbandonato alla speculazione (3), ma quasi fondato essenzialmente sulla critica. Ciascuno scrittore stima di aver assolto la parte essenziale del proprio còmpito quando gli è riuscito di formarsi la

---

(1) Per fortuna, ed anche un poco per necessità, dall'epoca in cui il Perozzi scriveva non ne sono spuntate altre, perchè le nuove non sono che riproduzioni o variazioni lievissime di temi antichi.

(2) V. Perozzi, *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, in *Filangieri*, vol. XV, pag. 2, 1890.

(3) Anche nello scritto, serio e meditato, del Segrè, cui non si può certo muovere il biasimo di aver dimenticato i principî romani, e si deve certamente render la lode di aver studiato il tema colla maggiore imparzialità e colle minori illusioni, il procedimento è quello di costruire in precedenza la teoria su basi astratte. L'autore si sforza anzi di giustificare questo metodo e quest'ordine sino dalle prime pagine, esprimendo la sua convinzione, che la costruzione della teoria del condominio in base alle fonti ha bisogno del sussidio di una teoria generale

convinzione e, a suo modo di vedere, trasfonderla in altrui, che è inintelligibile, inconcepibile ogni altra tesi all'infuori della propria. La critica brillante e generale del Perozzi deve a questo motivo il favore che ha riscosso nella nostra letteratura. Essa è un'ottima catapulta da lanciare contro gli avversari, per quanto convenga abbandonarla ad un certo punto, quando farebbe più guasto in casa propria. Nessun indirizzo, per vero, è così precisamente e quasi sdegnosamente respinto dal Perozzi quanto quello che è stato rinnovato in Italia dal Manenti, dal Luzzatto e dal Carnelutti, prendendo le mosse dalla critica perozziana.

Ora la nostra posizione rispetto alle singole teorie è diametralmente opposta a quella degli scrittori che si sono successi sin qui, in quanto il nostro procedimento è precisamente inverso. Nate in una sfera astratta, tutte le teorie avanzate corrispondono o nella loro interezza o in larga parte a qualche regime storico o vigente: tutte sono idealmente vere. Non serve appuntare gli strali della critica contro qualche formulazione infelice o travolgere il senso di qualche concezione per trascinarla ad un significato assurdo e grottesco: l'eccesso della critica nuoce più che giovare all'indagine della verità. Ma sono vere, possibili, anzi attuate nei varî regimi, storici o vigenti, sulla comunione (intesa sempre la comunione in senso generale), in quanto ciascuna si svolga secondo quelle che sono le sue condizioni sincere e raggruppi le norme che veramente corrispondono all'esplicazione del concetto.

Ciò posto, abbandonando ogni indagine sui teoremi dommatici, quali il principio *duorum in solidum dominium esse non potest*, il *concursu partes fiunt*, e sulla terminologia delle fonti, io mi propongo di esporre brevemente e quasi

---

accettabile, e che si debba, per quanto il metodo sia pericoloso, cercare *a priori* il concetto dell'istituto e tentare la riprova nelle fonti dei principî giuridici così ottenuti (v. Segrè, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. VI, pag. 355 [pag. 3 dell'estr., testo e nota 2], 1888).

schematicamente in precedenza il regime positivo del condominio romano, rilevando le parti controverse, quindi esporre con lo stesso metodo gli indirizzi fondamentali, astenendomi da ogni dichiarazione in favore dell'una o dell'altra teoria, ma segnando in primo luogo se ed a quali condizioni in astratto ciascuna teoria sia possibile, ed eventualmente attuata in alcuna delle svariatissime forme storiche di comunione; in secondo luogo se ed a qual parte del regime positivo del diritto romano (o del diritto civile) ciascuna corrisponda; con quale sia conciliabile, con quale in assoluto contrasto.

3. Noi possiamo distinguere il regime positivo del condominio in due grandi parti: la disposizione materiale della cosa, cioè il regime del godimento e dell'amministrazione della cosa comune, e la disposizione giuridica della cosa, cioè il complesso degli atti giuridici che si possono compiere in ordine ad essa.

In ciascuna di queste grandi divisioni vi è nel diritto romano un campo assolutamente libero ai condomini, cioè un territorio in cui l'attività di ciascuno si può esplicare senza il consenso degli altri e senza tema di opposizione, o per intero, *in solidum*, o *pro parte*, e vi ha un territorio in cui ciascuno dei condomini è invece più o meno, in una misura non sempre chiara e non uguale in tutti i tempi, vincolato ai proprî condomini.

Per quel che concerne la disposizione materiale ciascuno acquista *pro parte* i frutti della cosa ed è libero, a quel che sembra, di percepirli, salvo a rispondere di fronte ai condomini per la restituzione nella misura in cui spettano ad essi: egli acquista per diritto di proprietà, *iure soli*, senza riguardo quindi chi dei condomini abbia seminato e piantato (1).

---

(1) L. 25 pr., D. *de us. et fr.*, 22, 1; cfr. anche L. 19, D. *de usu et habit.*, 7, 8.

Libero nella sua pienezza, *in solidum*, sembra inoltre l'uso della cosa conforme alla destinazione di essa, in quanto non sia lesivo della integrità sua e del diritto degli altri condomini, e sembra che, almeno nel diritto classico, la pratica procedesse con una certa larghezza. Gli esempi delle fonti sono: ornare, intonacare la parete comune, applicarvi un bagno, una scala, un muro o altre costruzioni autonome e removibili, persino un forno, coltivare il fondo, seppellire in sepolcro comune e, potremmo aggiungere, servirsi dello schiavo come strumento materiale o giuridico, batterlo, metterlo in catene. Controverso è il diritto autonomo di ciascun condomino di procedere ai restauri necessari della cosa comune: vi ha in questa parte dei testi in conflitto e probabilmente vi è stato un mutamento dal diritto classico al diritto giustinianeo. Io credo sia opera di Giustiniano l'ordinamento più restrittivo che vieta a ciascun condomino di restaurare la cosa comune senza l'assenso dell'altro condomino o l'autorizzazione del giudice ottenuta con l'esperimento dell'*actio communi dividundo* (1).

Quanto all'attività sulla cosa che eccede i limiti dell'uso vero e proprio, e che principalmente si manifesta, trattandosi di immobili, nelle costruzioni, nell'*opus novum*, l'ordinamento romano è significato dal *ius prohibendi*. La *prohibitio* o il *ius prohibendi* compaiono in ogni testo relativo a questa materia, non altrimenti che ne' testi relativi pure all'*opus novum* e regolati dalla *o. n. n.* e dall'*interdictum quod vi aut clam* in tema di rapporti di vicinanza. Che cosa significhi il *ius prohibendi* è però, in tema di condominio, controverso. S'intende per esso che ciascun condomino sia libero di agire, finchè non cozza col veto del collega, ovvero s'intende invece che debba procedere d'accordo col proprio collega (come è effettivamente negli atti

(1) V. Bonfante, *Il «ius prohibendi» nel condominio*, in *Rendiconti dell'Ist. Lomb.*, 1913 (lettura tenuta il 23 maggio 1913), pag. 684 e seg. [V. sopra pag. 382 e seguenti].

giuridici riguardanti l'intera cosa), altrimenti l'opera sua è illegittima, ed egli è tenuto a distruggerla e rispondere dei danni?

Anche in questa parte io sono d'opinione che siavi stato un mutamento dal diritto classico al diritto giustinianeo. Il regime classico doveva essere il *ius prohibendi* nella sua purezza, corrispondente al regime dei rapporti di vicinanza ed all'istituto parallelo della collegialità nel diritto pubblico (1). Ma nel diritto giustinianeo di nuovo occorre, per

---

(1) Il parallelismo del diritto privato col diritto pubblico in ordine al *ius prohibendi* nella sua purezza (quale si osserva nei rapporti di vicinanza) è innegabile, qualunque sia l'opinione che si nutra al proposito in tema di condominio: ed è innegabile principalmente che, così nel diritto pubblico come nel diritto privato, la *prohibitio* deve intervenire *prima* dell'atto, in quanto si dirige contro l'atto da compiere, contro l'*opus futurum*, e il suo fine è di arrestare, sospendere, non annullare il già fatto. Tuttavia in proposito può suscitare un legittimo turbamento e un qualche offuscamento mentale la dottrina particolare del Mommsen e più il linguaggio arbitrario usato dal grande espositore del diritto pubblico romano (cfr. MOMMSEN, *Staatsr.*, I, 3ª ediz., pag. 258 e seg., tr. fr., pag. 294). La teoria del Mommsen, non felice nella sostanza, equivoca e pericolosa nei termini, restringe il veto collegiale a due o tre categorie di atti (leggi, decreti e senatoconsulti), e attribuisce ad esso efficacia rescissoria di fronte al veto generale, che egli accorda solo al magistrato superiore, e cui non nega, per vero, efficacia sospensiva, cioè rivolta al futuro. Al primo egli riserva il nome di *intercessione*, al secondo conserva quello di *proibizione* (o anche chiama il primo *potestas intercedendi*, il secondo *potestas impediendi: Staatsr.*, I, pag. 281, n. 1, trad. franc., pag. 320, nota 8). Noi potremmo accontentarci di notare che il campo dell'intercessione in questa dottrina è eccezionale, ch'essa concerne una limitata attività del magistrato, come il Mommsen stesso avverte (pag. 274, trad. franc., pag. 312), ed è l'attività propriamente giuridica, la quale meno ci interessa, perchè nel tema del condominio gli atti giuridici non sono regolati dal regime del *ius prohibendi;* limitandoci soltanto a rilevare che non è esatto restringere il generale veto sospensivo al campo di attività del magistrato superiore, giacchè, a parte ogni altro rilievo, il tribuno non è magistrato superiore di fronte al console, e non è per lo meno tale di fronte al collega tribuno. Ma poichè la teoria può indurre abbagli e condurre ad esagerazioni (negli uni e nelle altre per vero non è caduto il Mommsen), non sarà male spendere alcune parole allo scopo, quanto meno, di togliere adito a quegli abbagli e a quelle

procedere alle innovazioni come ai restauri il consenso del proprio condomino o l'autorizzazione del giudice: il

---

esagerazioni, che, assumendo come testuali quei termini e generalizzando quei concetti, potrebbero compromettere la visione giuridica dei rapporti stessi di diritto privato.

Anzitutto la distinzione non è romana e la terminologia è arbitraria. Il Mommsen che l'ha creata, naturalmente, non prende abbaglio e mette sull'avviso il lettore sino dal principio della sua trattazione (pag. 258, trad. franc., pag. 294); *prohibere*, *vetare*, sono termini di uso generale, *intercedere* si adopera indifferentemente per divieti che dovrebbero, secondo la dottrina del Mommsen, esser compresi nella *potestas impediendi*, non già nella *potestas intercedendi*, e viceversa *impedire* o *impedimento esse* è termine costante e quasi tecnico per la convocazione comiziale, le proposte di legge, i giudizi, il cui divieto si annovera dal Mommsen nella categoria dell'intercessione.

In secondo luogo il Mommsen stesso, scosso probabilmente dalle critiche mosse alla sua teoria, è ben lungi dall'esagerarne la portata, e tentò di fronte ai suoi critici di giustificare la posizione assunta con un fallace ragionamento. Ecco le sue parole (*Staatsr.*, pag. 266, n. 4, trad. franc., pag. 304, n. 1): « La questione se l'intercessione agisca a titolo rescissorio o proibitivo è più una questione di parole che di concetti. Si tratta pur sempre di un atto giuridico che alla sua volta serve di fondamento ad altri atti giuridici. Non è nè può esser contestato che, se il primo atto è colpito dall'intercessione, esso perde l'attitudine a servir di fondamento ai successivi. Esprimere questo risultato dicendo che i momenti della serie giuridica che si collocano nel passato sono riguardati come inesistenti giuridicamente, cioè come annullati, ovvero dicendo che quelli che si collocano nell'avvenire non possono più sorgere, e, se di fatto si verificano, giuridicamente si ritengono come inesistenti, cioè come direttamente proibiti, è in sostanza la stessa cosa ». Ora non vi ha dubbio che in pratica possa esser sovente lo stesso dire che ciò che si è compiuto sino ad un certo punto non può esser proseguito, ovvero dire che precisamente si annulla ciò che si è fatto sin qui. Anzi potrà a prima vista parere che colla intercessione si tolga ogni forza ad una situazione giuridica creata da un atto iniziale (così ragiona il Mommsen) e quindi si debba parlare più esattamente di annullamento. Ma il giureconsulto che ha riguardo all'essenza intima degli atti giuridici, alla loro virtù attuale o latente di produrre effetti, il giurista che sa distinguere tra sospensione e interruzione del procedimento giudiziale, tra sospensione e interruzione della prescrizione, l'una recante l'arresto, l'altra l'annullamento di quanto è finora seguito, non si lascierà illudere da fallaci ripieghi, pur riconoscendo che trattasi di una di quelle nozioni che ai profani e agli esordienti riescono le più ostiche a separare ed intendere. Vi ha un istituto che dimostra a meraviglia l'equivoco del Mommsen, ed

ius prohibendi non è più che l'espressione del pensiero che, essendo richiesto il consenso di alcuno, egli ha pure il

---

è la *remissio*, vigente così nel diritto pubblico, come nel diritto privato. Non di rado nell'intercessione ad atti politici, di regola poi nell'intercessione ad atti di procedura, il magistrato intercedente si induce, o spontaneamente o dietro preghiere (non tutti gli oppositori ebbero la forza di irrigidirsi, come Marco Ottavio di fronte alle suppliche di Tiberio Gracco, e le storie ci hanno conservato scene vivaci di insistenza opprimente attorno all'intercessore) o dietro promessa di concessioni e garanzie (*cautiones*, *exceptiones*, etc.), a recedere dall'opposizione; e allora le operazioni, il procedimento, tutto prosegue, ripigliando al punto in cui era avvenuto l'arresto: il che dimostra che nulla era stato annullato nella serie di operazioni, dichiarazioni, relazioni, azioni, che avevano preceduto. L'equivoco del Mommsen sarebbe poi intuitivo a chiunque, se alcuno, fraintendendo o proseguendo la teoria del grande storico tedesco, si proponesse di negare l'effetto meramente sospensivo, il veto operante per l'avvenire, anche nell'attività non propriamente giuridica, nelle operazioni materiali, nel qual territorio (che è poi quello che ci interessa) di nuovo il Mommsen non prende abbaglio. Sarebbe questa la dimostrazione *per absurdum* che la tesi del Mommsen non è sostenibile.

In terzo luogo il difetto di visione giuridica circa l'efficacia della *prohibitio* può anche confondere l'intelligenza del momento in cui la *prohibitio* ha luogo e indurre persino a correggere la terminologia delle fonti, a criticare i giureconsulti romani. Come si può asserire (dirà alcuno) che la proibizione deve intervenire *prima* dell'atto, quando può aver luogo anche *durante* l'atto e verso la fine di esso? Come i Romani possono affermare che la *prohibitio* e la *nuntiatio* hanno luogo contro l'*opus futurum*, quando di regola invece si dirigono contro l'*opus coeptum* o condotto innanzi, purchè non sia compiuto? Ora anche qui il Mommsen, dobbiamo convenirne, non prende abbaglio, almeno quanto alla posizione della questione. In realtà, come egli rileva nella discussione sull'effetto sospensivo o rescissorio di quella che egli chiama intercessione, ogni atto giuridico implica una serie di operazioni o di atti: lo Stato antico non ha la complicazione e la lentezza della nostra burocrazia, ma nondimeno non si vuol ridurre l'atto del magistrato ad un eccessivo semplicismo. Ora, diremo a un dipresso con le parole del Mommsen, se per chi ritiene l'effetto rescissorio la *prohibitio* interviene dopo, in quanto è diretta ad annullare l'atto o la serie di atti che precede, per chi ritiene l'effetto sospensivo essa interviene prima, perchè diretta a impedire l'atto o la serie di atti che seguono, che ancora rimangono a compiere. Il già fatto non si cancella, e quando tutto è compiuto, l'opposizione è vana. Ciò, di nuovo, è intuitivo, nelle operazioni materiali. Anche là dove per avventura la restituzione in pristino sia possibile, il veto non la impone: com'è noto,

diritto di opporsi, allorchè s'avvede che si tenta di passarvi sopra (1). L'opera lesiva della cosa comune non era in nessun caso legittima, e generava la responsabilità per i danni, di cui si poteva giudicare o nell'*actio communi dividundo* o anche indipendentemente nell'*actio legis Aquiliae.*

Passando ora alla disposizione giuridica della cosa, anche in questo territorio ciascun condomino è libero di compiere ogni atto giuridico, quando la sua natura e i suoi effetti lo consentano, *pro parte.* Ciascuno è libero di alienare *pro parte* la cosa, di costituire *pro parte* un usufrutto, un pegno, un'ipoteca, di derelinquere la sua parte (2).

Ma quando trattasi di atti giuridici, il cui effetto concerne la cosa *in solidum*, o di atti che ledono l'integrità di essa, allora il regime che risulta chiaro in una serie nume-

---

la *prohibitio* può ben arrestare l'*opus*, ma questo rimane al punto in cui è stato condotto: il proprietario non può esser costretto in forza di essa ad abbattere la costruzione iniziata o il muro elevato sino ad una certa altezza. Da qual momento si possa opporre il veto ad un atto o ad un'opera, se basti la mera intenzione ovvero occorra anche la manifestazione o l'inizio delle operazioni, può esser questione così nel diritto pubblico come nel diritto privato, ma è questione diversa, giacchè, qualunque sia il momento a partire dal quale l'intercessione è lecita, essa si dirige contro quello che si farà in seguito, e quindi interviene sempre prima dell'atto, sin tanto che vi è un atto futuro che è impossibile impedire. Ad ogni modo anche in questa parte il parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato è tanto evidente, che l'interpretazione nei due campi ne può esser potentemente soccorsa [v. anche sopra pag. 386, n. 1].

(1) V. Bonfante, loc. cit. Il nuovo regime non è per vero attuato con tutta la chiarezza desiderabile, e i testi singolarmente esaminati potrebbero dar adito a credere che anche nel diritto giustinianeo vigesse il regime del *ius prohibendi* con qualche modificazione; che insomma l'ordinamento giustinianeo si accostasse bensì al regime disegnato nel testo, ma non vi rispondesse completamente. Tuttavia la combinazione dei varî testi, e quel criterio di interpretazione che ci obbliga a dare la prevalenza alle finalità degli elementi di struttura più vivaci e nuovi, può favorire l'interpretazione che Giustiniano esiga il consenso di tutti i condomini.

(2) Aggiungo anche la derelizione, perchè l'effetto negativo è certo: *eius esse desinit*, dice Modestino nella L. 3 pr., D. *pro der.*, 41, 7.

rosa di testi è il consenso generale: *omnes consentire debent, omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur.* L'esempio tipico è la costituzione di servitù, perchè in ordine alla servitù, anche volendo, non è possibile una costituzione *pro parte.* La costituzione autonoma di servitù è dunque sempre impossibile: impossibile *pro parte* per ragioni naturali, impossibile *in solidum*, perchè l'effetto concerne la cosa nella sua interezza, e quindi occorre il consenso degli altri condomini. Si ammise tuttavia che non occorresse la simultaneità dei consensi, ma potessero susseguirsi: onde l'atto del singolo condomino era piuttosto sospeso che nullo assolutamente.

Nel diritto classico vi era, oltre alla costituzione di servitù, un altro atto impossibile ad eseguirsi da un solo condomino: la manomissione dello schiavo. Anche questo era un atto impossibile ad effettuarsi *pro parte* per una ragione naturale, giacchè, come dicono le fonti, non può essere alcuno *pro parte* libero, *pro parte* schiavo, impossibile ad effettuarsi *in solidum* per ragione giuridica, giacchè si verrebbe a spogliare l'altro condomino della sua proprietà.

Tra gli atti giuridici impossibili ad effettuarsi dal singolo condomino parrebbe che noi dovessimo indicare altresì il seppellimento in un fondo comune, s'intende non destinato a sepoltura; poichè nel diritto romano il luogo della sepoltura diventa religioso, il che vuol dire *extra commercium.* Il condomino che compie un simile atto fa pertanto qualche cosa di più grave che alienare la cosa. Giuridicamente egli la distrugge per la società. Se il luogo non divenisse religioso, noi avremmo una disposizione materiale della cosa, ma certamente pur sempre una disposizione eccessiva e lesiva del diritto dell'altro condomino: la conseguenza della religiosità (ispirata al concetto pagano della proprietà dei Mani del defunto) imprime all'atto un suggello ancor più rude. Tuttavia nelle Pandette è riconosciuto bensì il principio che il *ius inferendi mortuum* non compete

al condomino trattandosi di estranei: ma si ammette che possa esser sepolto nel fondo comune lo stesso condomino, specialmente quando non abbia un fondo proprio ove trovar sepoltura. Non sembra però che il luogo divenga religioso. Io ritengo questo ordinamento una deroga positiva ordinata da Giustiniano (1).

Al regime giuridico si riconnette pure il tema controverso del *ius adcrescendi*. La nostra opinione, svolta pur essa in uno studio speciale, è che il *ius adcrescendi* vigesse intero ed intatto nel diritto classico, non solo in ordine alla manomissione parziale, ma anche in ordine alla parziale derelizione. Ma nel diritto giustinianeo la manomissione parziale è stata ordinata in modo apertamente anomalo, con riguardo alla libertà, la derelizione parziale fa luogo alla libera occupazione, non altrimenti che la derelizione operata dal proprietario esclusivo, e l'accrescimento in ordine agli acquisti dello schiavo comune è stato ricondotto sotto un punto di vista diverso (2).

Quanto alle azioni, salvo la *rei vindicatio*, la quale non si può esperire se non *pro parte*, le altre in generale competono *in solidum* a favore o contro i singoli condomini: così la confessoria e la negatoria, l'interdetto *uti possidetis*, l'*actio legis Aquiliae*, l'*actio de arboribus caedendis*, *noxalis*, *de peculio*, *institoria*, *exercitoria*. Allo stato attuale delle fonti competono tuttavia *pro parte* alcuni rimedî giuridici, ma i testi relativi sono stati appuntati dalla critica o potrebbero esserlo: l'*actio* in base alla *c. d. inf.* (3),

---

(1) Cfr. *Istituzioni di dir. rom.*, § 95, 5ª ediz., pag. 285, nota 2 (anche nelle precedenti edizioni), e per questa opinione si schiera ora anche il Perozzi, *Un paragone in materia di comproprietà*, in *Mélanges Girard*, II, pag. 382.

(2) Bonfante, *Il « ius adcrescendi » nel condominio*, in *Rend. dell'Istituto Lomb.* (lettura tenuta il 26 giugno 1913), pag. 831 e seg. [v. sopra pag. 434 e seguenti].

(3) L. 40, §§ 2 e 3, D., 39, 2; cfr. per la *stipulatio* L. 27 *eod.*; per la *cautio* L. 5, § 1; L. 15, § 18, *eod.*

l'*actio a. p. a.* (1), e, se si vuole, l'*actio iniuriarum* (2). La *operis novi nuntiatio* può essere fatta ad un solo (3) e la *cautio ex operis novi nuntiatione* dev'esser prestata a un solo o da un solo (4). Dal lato attivo però la *operis novi nuntiatio* richiede di esser fatta da tutti i condomini per l'opera del vicino che lede la cosa comune (5).

Tra i condomini stessi competono la *vindicatio*, l'*actio confessoria* per la servitù che grava sul fondo comune a favore del fondo proprio, l'*actio furti* (6), la *condictio furtiva*, l'*actio legis Aquiliae*, l'*actio noxalis*, l'*actio de plagio*, l'interdetto *quod vi aut clam* e l'*uti possidetis;* oltre le azioni che intervengono o possono intervenire per regolare i rapporti di godimento e l'amministrazione della cosa comune, l'*actio pro socio*, *communi dividundo*, *negotiorum gestorum*, *locati conducti*, e (per lo meno nel diritto nuovo) l'*actio incerti civilis* (7).

Sono invece escluse tra condomini l'*actio iniuriarum* per aver battuto il servo comune, quando il condomino *iure domini id fecerit* (8), l'*actio de peculio*, la *operis novi nuntiatio* e l'*actio finium regundorum*, l'una e l'altra anche nei rapporti con un fondo proprio vicino (9). Controversa è la competenza dell'*actio negatoria*, salvo nei rapporti tra la cosa propria e la cosa comune (10), e della *cautio damni infecti.*

---

(1) L. 6, § 1, D., 39, 3; L. 11, §§ 1 e 2, *eod.*

(2) L. 15, § 49, D. *de iniur.*, 47, 10; L. 16 *eod.*

(3) L. 5, § 5, D. *de o. n. n.*, 39, 1.

(4) L. 21, §§ 5-7, D., 39, 1.

(5) L. 5, § 6, D., 39, 1.

(6) Con le debite cautele, giacchè si deve di regola stimare *eum qui partis dominus est, iure potius suo uti, quam furti consilium inire:* L. 51 pr., D. *pro socio*, 17, 2.

(7) Per queste ultime v. L. 35, § 1, D. *loc. cond.*, 19, 2, e L. 23, D. *comm. div.*, 10, 3.

(8) L. 15, § 36, D. *de iniur.*, 47, 10.

(9) L. 3, § 1, 2, D. *de o. n. n.*, 39, 1; L. 4, § 7, D. *fin. reg.*, 10, 1.

(10) L. 27, D., 8, 2; L. 14, § 1, D., 8, 5.

La posizione dei singoli condomini pertanto in ordine alle azioni sembra rigidamente autonoma; e tra condomini sembrano ammesse unicamente le azioni che regolano i rapporti reciproci di mero carattere obbligatorio. Il tema peraltro merita uno studio speciale.

4. Delineato così il regime positivo del condominio, passiamo ad esporre le costruzioni teoriche e la relazione logica con le singole parti di questo regime. Già di per se stesso apparirà assai dubbio, in base all'esposizione precedente, che vi sia una dottrina, la quale riassuma tutte le singole parti di questo regime. Se nel passaggio dal diritto classico al diritto giustinianeo si può gravemente dubitare che alcune parti fondamentali, come il *ius prohibendi* e il *ius adcrescendi*, siano state rovesciate, ed altre parti, come il diritto di procedere ai restauri, il *ius inferendi*, il regime delle azioni, più o meno profondamente ritoccate, è chiaro che una grande armonia non deve regnare nell'organismo dell'istituto.

La successione storica delle varie teorie è abbastanza nota: la teoria della divisione intellettuale della cosa e della divisione del diritto è la più antica: la teoria radicale del Perozzi è la più nuova: le altre sono tutte sôrte negli ultimi decennî del secolo, ed i novissimi tentativi, anche quelli che hanno fatto lor pro della critica del Perozzi, non sono in fondo, come dicemmo, che tentativi di risurrezione. E poichè d'altra parte noi ci proponiamo di esser anche in questo disegno piuttosto schematici e rinunciare alle velleità critiche, ci giova di ordinare i varî sistemi secondo criteri di logica e di opportunità.

1° Teoria della proprietà unica su tutta la cosa attribuita a ciascuno dei condomini. « Il diritto (unico) non può esser posto in moto se non mediante il concorde volere di tutti i condomini ». È la teoria scientificamente più elaborata (Steinlechner, Eisele, Jhering) e assunta dai maggiori pandettisti (Windscheid, Brinz, ecc.), corrispondente

alla dottrina della pretesa correalità nel campo delle obbligazioni. La formula da me riferita è del Windscheid: e, poichè essa vuol rappresentare il concetto, è chiaro che « il concorde volere » ha un significato serio e assoluto, non è un rilievo pratico; non s'intende che la comproprietà, mancando l'accordo, si muova a disagio, ma ch'essa è in tal caso veramente inerte. Questa teoria esige logicamente che ciascun condomino da solo non possa usare della cosa, non possa percepirne i frutti, non possa compiere nessun atto giuridico, nè esperire alcuna azione, nè *pro parte*, nè *in solidum*, senza il consenso di tutti i condomini, perchè ciascun condomino non ha un diritto a sè, ma il diritto è unico, inscindibile. La teoria è concepibile, ma la necessità di un accordo pieno, perpetuo per qualunque esercizio di attività sulla cosa rende la costruzione che essa suppone, poco pratica, senza una serie molteplice di derogazioni. Nel diritto romano questa teoria ha a suo favore il regime degli atti giuridici relativi a tutta la cosa (non si può, è l'esempio tipico, costituire servitù sulla cosa, se non con la cooperazione di tutti); ha forse a suo favore nel diritto giustinianeo il regime della disposizione materiale della cosa, se si accetta la dottrina che il *ius prohibendi*, almeno nel diritto giustinianeo, equivale a consenso; si concilia col *ius adcrescendi* e coll'intervento del magistrato nel regolare il godimento. Contrasta invece col regime puro del *ius prohibendi*, che era probabilmente il regime classico, cioè della libera attività di ciascuno per intero, finchè non vi è opposizione; contrasta col regime dell'uso della cosa conforme alla sua destinazione, che è libero a ciascuno; contrasta, o soltanto a forza si concilia, col regime degli atti giuridici che si compiono *pro parte* e in particolare colla *derelictio - occupatio;* contrasta infine con tutto l'ordinamento delle azioni che si possono promuovere da ciascuno o *pro parte*, o per intero, ma sempre liberamente.

2° Teoria della persona giuridica concepita come soggetto del condominio (Langdorff, Voigt, e nel diritto civile

italiano Luzzatto e Carnelutti). Questa teoria, la quale certamente in astratto ci rappresenta il tipo più familiare della *res communis*, esige che la cosa sia non solo amministrata dagli organi della persona giuridica, ma che la persona giuridica abbia unicamente essa il diritto di rivendicare la cosa, di costituire servitù, ecc. Le difficoltà potranno riguardare soltanto il concetto di questa persona giuridica. Ammesso che il legislatore ordini il complesso dei condomini come un ente collettivo, si potrà discutere se questo ente collettivo creato unicamente pel miglior godimento della cosa in pro dei condomini stessi sia una persona giuridica. Nel condominio romano nessun elemento favorisce questa costruzione. Anche negli atti dove si esige il consenso, i condomini non sono organizzati per la prestazione di esso: anzi non dichiarano nemmeno in un unico atto e in un unico momento questo consenso, ma possono indipendentemente e in diversi tempi consentire (1). Nel diritto moderno

---

(1) Per vero gli scrittori dell'ala estrema non sembrano ritenere necessaria nemmeno l'organizzazione dei soci al concetto della persona giuridica, o per meglio dire non ritengono che il sistema romano dell'unanimità significhi difetto di organizzazione. Tale è l'avviso del Carnelutti, il quale nel suo articolo, ricco di pensiero e di vita (*Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, in *Riv. di dir. comm.*, vol. I (1913), I, pag. 86-127), demolisce ad uno ad uno i requisiti tradizionali della persona giuridica. Quale sia nel suo concetto la nozione minima di questo subbietto diverso della persona fisica non è chiaramente enunciato in una formula: dal ragionamento e dalla casistica dell'autore parrebbe, se io non mi inganno, poichè *incedo per ignes* (l'articolo è veramente incendiario), doversi desumere che si ha persona giuridica tutte le volte che più subbietti sono in tal dipendenza l'uno dall'altro che il diritto non può essere esercitato se non mercè un'azione comune, o altrimenti esso rimane inerte. Ora nel concetto di persona giuridica e nei suoi confini io ritengo per vero che vi possa esser dell'arbitrio; ma dubito che lo spingere a questo estremo la cerchia dell'istituto possa avere alcuna utilità. Vi ha non soltanto delle tradizioni giuridiche da rispettare, ma delle tradizioni sociali ed insieme il linguaggio comune. Anche dal mero punto di vista dommatico la costruzione di un istituto in tanto è giustificata, in quanto riassume in un organismo un complesso di regole: quando si demolisce la disciplina speciale, si demolisce anche

questa dottrina può invocare l'art. 678, a norma del quale per l'amministrazione e il miglior godimento della cosa comune l'insieme dei condomini opera come suol operare una persona giuridica.

---

l'istituto, il quale deve rispondere a finalità sociali e riassumere elementi positivi, non servire al piacere della speculazione. Vi ha un nucleo abbastanza solido e ricco di elementi, comune agli istituti tradizionali che si riassumono sotto il concetto della persona giuridica: potrà esser utile allargare le maglie, ampliare la costruzione per albergare nuove figure, ma quando a furia di colpi di piccone si vuol costringere la casa ad ospitare le creature più disparate del mondo giuridico, essa finirà col cessar di essere una casa abitabile per divenire, al più, una rimessa; potrà anche esser utile fare questa trasformazione, ma sarà bene altresì mutar nome alle cose, e non costringere il pensiero sociale e il linguaggio comune ad inchinarsi all'arbitrio personale. Estensioni di tal natura possono avere effetto contrario a quello voluto dall'autore, cioè di richiamare il monito: macchina indietro a tutto vapore!

L'analisi giuridica nello scritto del Carnelutti è per vero assai ricca, e la dialettica spesso stringente nella sua demolizione; ma non mi sembra (forse l'occasione dello scritto non vi si prestava) che egli abbia avuto ben presente la visione generale del grave problema; più ancora non mi sembra che egli abbia apprezzato al giusto il punto di vista sociale. Il parallelo che egli istituisce tra le *universitates personarum* e le *universitates rerum* (loc. cit., pag. 87-89) lo dimostra. Alcune sue considerazioni sono argute e colpiscono certamente nel vero. Tuttavia nel complesso egli non scorge che la cosa e tutte le distinzioni di cose, e nel caso nostro la cosa composta e le cosiddette *universitates* sono tutte categorie sociali, che il diritto in generale riconosce così come gli sono offerte, ma che noi non possiamo ricomporre a nostro arbitrio secondo criterî scientifici e personali, ma dobbiamo assumere e rispettare (Per questo concetto meramente sociale della cosa e delle sue distinzioni in riassunto vedi le mie *Istituzioni*, §§ 77, 78, 79, VI ediz., pag. 227-239, specialmente pag. 233, nota 1). « O esiste il gregge, o non esiste neanche la casa! » egli esclama. No, esistono così il gregge come la casa, ma solo in quanto la società riconosce come cose e il gregge e la casa, col carattere che la società ad esse imprime: l'edificio è una cosa composta, ma la pianta o la statua sono cose semplici, benchè il naturalista o il fisico non le riconoscano per tali. Nessuna astratta considerazione giova in simili rapporti, nessuna illazione dialettica si può fare dall'uno all'altro oggetto.

Il Carnelutti, per ridurre tutto a persona giuridica, spezza anche una lancia contro il diritto privo di subbietto. « Il *tram* che si muove da solo e il diritto privo di subbietto fanno il paio (loc. cit., pag. 108,

3° Teoria della proprietà attribuita alla collettività o unanimità dei condomini non concepita come persona giuridica (Barth e più nettamente Diez, Seeler in Germania, Manenti in Italia). Considerata dal nostro punto di vista, questa teoria ha una posizione singolare. I fautori della proprietà unica attribuita a ciascun condomino, contro nessuna teoria si mostrarono forse aspri come contro questa. Lo Steinlechner (1), enunciando la teoria del Barth, la

---

v. anche pag. 107) ». L'autore dimentica a questo riguardo l'organizzazione della società e lo Stato. Il *tram* si può ben muovere da solo nel senso almeno che può fare o proseguire il suo percorso senza passeggeri: ciò che non manca mai è l'organizzazione dei conduttori, distributori, controllori, che presiedono così al movimento, come alla tutela dei posti contro ogni indebita occupazione. Precisamente i Romani non concepiscono altrimenti i beni delle persone giuridiche che come *res nullius in bonis*. Sono *nullius in bonis* le cose pubbliche e delle città, sono *nullius in bonis* le cose dell'eredità giacente, l'unico istituto analogo alle fondazioni esistente nel diritto romano, dove la eredità non è acquistata all'erede prima dell'adizione. Se nei Gromatici s'incontra la parola *persona* a designare la città, ciò avviene in un senso affatto metaforico e plastico, non giuridico, poichè *persona* non ha il senso di personalità giuridica, non ha verun senso giuridico prima dell'epoca elleno-cristiana, e quanto all'eredità giacente, il vero istituto antesignano delle fondazioni, i testi che ne fanno una persona, come è stato dimostrato dal Di Marzo, sono tutti interpolati. La teoria del patrimonio o del diritto privo di subbietto è quindi precisamente la teoria dei giureconsulti romani: la teoria della personalità ha il suo addentellato in quei sottili e ingegnosi uomini greci che a un tempo stesso speculavano sulla personalità del Padre, del Figlio e della Santissima Trinità, recando nel campo del diritto non solo, come io più volte ebbi a notare, gli stessi concetti e lo stesso spirito delle disquisizioni teologiche, ma persino, come ora si rileva, le stesse forme esteriori e più singolari di trattazione (cfr. l'interessantissimo studio di Hans Peters, *Die oström. Digestencommentare*, etc., in *Ber. üb. d. Verhandl. d. K. Sächs. Ges. der Wiss. in Leipzig*, 1913).

Quanto al condominio, la base negativa della teoria del C. che soggetto sia il gruppo di condomini concepito come persona giuridica è la teoria del Perozzi che sia inconcepibile la proprietà dei singoli condomini; sarebbe stato tuttavia consigliabile (benchè, data la voga, il C. sia degno di scusa) che egli avesse riveduto le basi di quella presunta dimostrazione, prima di elevare un paradosso su di un altro paradosso.

(1) *Das Wesen der « iur. comm. »*, I, pag. 32.

chiama senz'altro « una mistificazione » degna appena di esser ricordata. Dall'altra parte gli autori che la sostengono, come il Diez, come il Seeler e il Manenti, è precisamente alla teoria della proprietà unica e intera in ciascuno, alla teoria del Windscheid, che muovono le loro critiche. Ora, contemplando le cose dal punto di vista del regime positivo, le due teorie coincidono pienamente. Dire col Windscheid e seguaci che nel condominio si ha un'unica proprietà spettante a tutti i condomini, ovvero col Barth, col Diez, col Seeler e col Manenti che la proprietà spetta alla collettività dei condomini, non però concepita come una persona giuridica; dire col Windscheid che il diritto di proprietà non può esser messo in movimento se non dall'accordo unanime di tutti i condomini, ovvero, coi seguaci di quest'ultima teoria, che il godimento e la disposizione della cosa comune dipendono dalla volontà collettiva ed unanime, può essere che concettualmente significhi cose diverse, in quanto si trasporta l'unità dall'oggetto al soggetto, ma in pratica è la stessa cosa. Pertanto, dato che l'unanimità non organizzata in persona giuridica si possa concepire come un subbietto, questa teoria, nel regime positivo che può invocare e in quello che la contrasta, coincide con la prima; e il regime che la contrasta è pur sempre tutta la serie degli atti che ciascun condomino può compiere e delle azioni che può esperire da solo, in via autonoma, o *in solidum* o *pro parte* (1).

---

(1) Non è il solo *ius prohibendi* il diritto autonomo dei singoli condomini, e se veramente le parole della mia recensione (*Riv. di dir. civ.*, I, 1909, pag. 290: v. sopra pag. 376 e seg.), in cui mi preoccupavo di non esagerare il contrasto colla tesi del Perozzi, dànno adito ad un simile equivoco (CARNELUTTI, *Riv. di dir. comm.*, I, pag. 102, 1913), mi debbo essere espresso male; ma io non credevo si potesse dubitare che il diritto libero di ciascun condomino di percepire i frutti *pro parte*, di alienare *pro parte*, di esperire la *rei vindicatio*, le azioni di servitù, confessoria e negatoria, le azioni possessorie, le azioni di furto e lesioni, che competono al proprietario, e in generale la facoltà di rappresentare in giudizio la cosa e quasi sempre *in solidum*, ecc., fossero una emana-

Facciamo ora seguire due teorie, le quali hanno di comune che ciascuna ammette la proprietà *indipendente*, il *diritto autonomo* di ciascun condomino: tanti condomini, tante proprietà.

Questo raggruppamento, che dal punto di vita astratto può meravigliare (Scialoja preferisce di ricollegarsi all'Eisele e al Windscheid), dal punto di vista del regime positivo a me sembra che assegni il giusto posto alle teorie seguenti:

4° Teoria del concorso di più proprietà su tutta la cosa. È la teoria dello Scialoja, accolta dal Ferrini con una modificazione infelice, e da me in modo assoluto nelle prime edizioni delle mie *Istituzioni* e per una fase più arcaica nelle ultime edizioni. Essa corrisponde alla teoria della solidarietà (della pura solidarietà, secondo la vieta distinzione) nel campo delle obbligazioni. Noi potremmo designarla col nome di teoria della proprietà plurima integrale o totale, in antitesi alla teoria successiva.

La concorrenza di più dominii distinti ed interi sulla cosa intera implica che ciascuno dei varî condomini abbia il pieno e indipendente diritto di agire sulla cosa come egli vuole, senza esser tenuto a chiedere il consenso degli altri condomini, senza dover restringere il proprio godimento ad una quota, ed abbia, per così dire, la rappresentanza inte-

---

zione del diritto di proprietà, non credevo che si potesse, sulla fede di una critica paradossale, mettersi a cuor leggero e senza riesame in contrasto con tutta la giurisprudenza romana. Anche là dove il condomino cozza colla *prohibitio*, il diritto ch'egli esercita, finchè non entra in conflitto col *ius prohibendi*, è la proprietà. Il sistema dell'obbligazione, di cui tratteggiavo in quella recensione la formazione storica, interviene per render possibile il funzionamento pratico del condominio in molte parti, almeno nel diritto giustinianeo, ma, in quelle stesse parti in cui si richiede l'accordo dei condomini o anche l'autorizzazione del giudice, l'accordo o l'autorizzazione non crea il diritto, ma elimina l'ostacolo, adempie la condizione posta al suo esercizio. Il re nostro o il doge veneto compiono sempre atto sovrano, anche quando hanno bisogno della cooperazione o del parere di altri organi per agire.

grale della cosa in tutti gli atti giuridici relativi ad essa. Pertanto ciascuno dovrebbe avere non solo il diritto di usare della cosa nella sua pienezza, ma anche il diritto di raccoglierne tutti i frutti, di alienare, di rivendicare tutta la cosa, di costituire un pegno e un'ipoteca su tutta la cosa, di costituire servitù, di sostenere liberamente tutte le azioni, ecc. Questo stato di cose parrebbe voler significare un *bellum omnium contra omnes*, e l'accusa di inconcepibile che noi abbiamo respinta per le altre teorie parrebbe impossibile a respingere per questa.

Nondimeno è la teoria dello Scialoja quella che, prescindendo per ora dal condominio romano, potrebbe avere a suo favore il maggior numero di esempi, di analogie, di paralleli. In alcune forme della proprietà collettiva noi abbiamo un diritto indipendente in ciascuno degli utenti, che non ha limite giuridicamente e per cui ciascuno può reclamare un'indipendente tutela, come il diritto di pascere nel prato comune, di far legna nel bosco comune, ecc. L'ordinamento comunistico ricordato da Seneca dei posti in teatro dei senatori e cavalieri attribuisce il diritto di occupare il proprio seggio dovunque, nello spazio riservato a sè e ai colleghi. Il diritto stesso sulle cose comuni, sulle *res communes omnium* o *publicae*, attribuisce a ciascuno una facoltà indipendente di agire sulla cosa comune o pubblica, di passeggiare sulla via, di stendere reti sulle rive del fiume o del mare, costruirvi capanne, pescare nei fiumi o nel mare e così via.

Nell'ordinamento collegiale romano delle magistrature (per non dire della regalità collettiva e in generale della direzione collettiva del corpo sociale, che noi troviamo largamente diffuse nel mondo antico, in Grecia, in Oriente ed in Africa o nei regni barbarici dell'alto medioevo, e di cui non è sempre agevole stabilire l'ordinamento) sembra che si abbia il parallelo pubblico a questo concetto privato, cioè una pluralità di sovrani ordinata in guisa che ciascuno ha teoricamente piena facoltà di agire come se il collega

non esistesse. Ma nello stesso diritto privato romano rileviamo un simile ordinamento nella cura collettiva e, pare, nella tutela testamentaria.

Questi esempi ci giovano a comprendere le condizioni a cui una simile costruzione deve obbedire: o che il godimento della cosa sia di tal natura da rendere possibile la concorrenza plurima in generale, o che si crei una norma per evitare il conflitto. La prima cosa si verifica nelle *res communes omnium*, nelle *res publicae*, e si può anche ritenere nel condominio di diritto germanico. Si tratta di godimenti in ciascuno così limitati che difficilmente si può ad essi attribuire il titolo di diritti di proprietà: anzi per le *res communes* e le *res publicae* effettivamente non si attribuisce, ed è giusto, perchè in ultima analisi è escluso ogni sfruttamento economico della cosa. Ed è caratteristico il passaggio delle *res communes* o delle *res publicae* alla proprietà non appena lo sfruttamento economico si rende possibile o s'inizia.

Quanto alla norma per evitare il conflitto, se la cosa o l'uso non è tale da tollerare un godimento plurimo, integrale, non può essere che o la prevenzione, la preoccupazione, o l'intervento arbitrario del magistrato o il veto dell'altro titolare.

Quest'ultimo è il regime romano della collegialità, della tutela, della cura collettiva: l'istituto del *ius prohibendi* diviene il correttivo per evitare il conflitto tra i varî diritti. Correttivo troppo energico, perchè il divieto di un solo arresta l'azione di tutti. È questo il regime che più di ogni altro abbisogna di temperamenti pratici, ed in effetto così funziona la collegialità nel diritto pubblico.

Considerando ora il regime positivo del condominio, è chiaro che la teoria dello Scialoja ha a suo favore la libertà dell'uso di ciascuno e il regime del *ius prohibendi* nella disposizione materiale della cosa, inteso nella sua purezza, com'era probabilmente nel diritto classico, cioè come libera azione di ciascuno, finchè non si viene a coz-

zare colla *prohibitio:* ben più che conciliarsi col *ius adcrescendi*, può invocare questo diritto come una delle più pure ed impellenti conseguenze del concetto: ha infine a suo favore il regime delle azioni esperibili indipendentemente e *in solidum* da ciascun condomino, cioè della maggior parte delle azioni, e si concilia coll'intervento giudiziario. Ha contro di sè il regime della percezione dei frutti (*pro parte*) o almeno questo regime non si potrebbe se non artificiosamente conciliare con essa; ha contro di sè il sistema del consenso nella disposizione materiale della cosa, l'ordinamento della *derelictio - occupatio*, e in generale tutto il regime degli atti giuridici che si compiono *pro parte* o esigono la cooperazione generale, e infine la competenza di alcune azioni solo *pro parte*.

5° Teoria della concorrenza di più proprietà parziarie su tutta la cosa. Ciascuno ha un diritto autonomo, indipendente, che pel carattere e pel suo contenuto è la proprietà, ma per la sua misura, per l'estensione sua è limitato in una quota di quella che sarebbe la sua esplicazione totale. È la teoria più antica e più diffusa: la teoria che innegabilmente (lasciamo stare la questione se quei mediocri teorici fossero nel vero) nutrivano i giureconsulti romani. Questa costruzione del condominio parrebbe corrispondere al concetto comune delle obbligazioni parziarie indivisibili.

In antitesi alla precedente noi potremmo designarla col nome di proprietà plurima parziale. Io comprendo anche senz'altro in questa teoria la cosiddetta divisione intellettuale della cosa, la quale, così nei giureconsulti romani, come nei romanisti che la professano, non è che una forma verbale della presente, si fonde e si confonde con essa, si scambia nello stesso periodo, per quello scambio naturale che avviene tra la cosa e il diritto di proprietà, che la investe tutta (1). E come noi dobbiamo tollerare in ordine

(1) Cfr., ad es., la celebre L. 5, D., 45, 3: « intellectu magis partes habeant quam corpore (parti intellettuali o ideali della cosa) »: « pro parte qua dominium in eo habent (parti del dominio) ».

alla proprietà il linguaggio comune, che la confonde con la cosa, anzi cediamo spontaneamente ad esso, così dobbiamo tollerare lo stesso linguaggio in ordine alla comproprietà, nè per mostrare dell'acume appuntare le critiche contro una formula verbalmente scorretta. Giova un po' di carità non solo cogli uomini, ma anche con le dottrine (1).

Questa teoria esige che ciascuna facoltà del proprietario, il cui contenuto si può misurare, vale a dire ciascuna facoltà divisibile, sia esercitata liberamente, senza ostacoli, da ciascuno dei proprietari, ma in una misura corrispondente alla quota che segna l'estensione del suo diritto. Ciascuno avrà il diritto di percepire una quota dei frutti se la cosa è fruttifera, ciascuno potrà rivendicare o alienare la sua *pars dominii*, ciascuno potrà rinunciare *pro parte* al suo diritto e l'abbandono della parte ha lo stesso effetto dell'abbandono del tutto, cioè che, conforme al regime generale della *derelictio* e della *res nullius*, il titolare è

(1) Dato lo scopo che io perseguo, non mi accade nemmeno d'intrattenermi sulle astratte controversie se sia diviso il diritto o il contenuto di esso, se la divisione sia ideale o reale, ecc. Io considero altresì come una variante puramente verbale della teoria della proprietà parziaria la dottrina dello Scheurl, accolta in Italia dal Segrè. Secondo questa teoria (non istarò a ripetere la formula terribilmente scientifica, cioè terribilmente massiccia dello Scheurl) varî diritti sono identici nell'oggetto, che è la cosa intera, identici nel contenuto, cioè nel complesso delle facoltà che ciascuno comprende, ma divisi quanto alla estensione, cioè quanto agli effetti che ne derivano; e se gli effetti sono divisibili, come, ad esempio, la percezione dei frutti, allora la divisione ha luogo *ipso iure*, secondo la misura del diritto di ciascuno. Ora questa dottrina ripete la teoria della divisione del diritto secondo il suo contenuto, salvo che intende i termini diversamente. Non si può immaginare, infatti, che i seguaci della teoria della divisione del diritto secondo il suo contenuto intendano che le varie facoltà che scaturiscono dalla proprietà vadano distribuite tra i varî condomini in modo eterogeneo, di guisa che all'uno spetti, ad esempio, la facoltà di usare e abitare nel fondo, all'altro la facoltà di percepire i frutti e così via; essi intendono precisamente che tutte le facoltà spettino a ciascuno dei condomini, ma in una misura limitata e definita dalla quota, vale a dire intendono il contenuto nel senso in cui dallo Scheurl s'intende l'estensione del diritto.

libero da ogni peso e da ogni responsabilità per la cosa, e chiunque può impadronirsi della cosa, nè subentra necessariamente l'altro condomino. Quanto alle facoltà indivisibili, è manifesto che esse, per poco che trascendano certi limiti e l'attività del singolo comprometta l'esercizio delle medesime da parte degli altri condomini, non si potranno esercitare dai singoli, e quindi, se non si vuol rendere il diritto inerte, conviene stabilire dei temperamenti, come nel regime [giustinianeo] delle così dette obbligazioni indivisibili.

Ciò posto, questa teoria ha a suo favore tutti quanti gli atti di disposizione materiale e giuridica che si compiono *pro parte:* si può conciliare col regime degli atti indivisibili, che non potendosi esercitare *pro parte* esigono il consenso di tutti, e coll'intervento giudiziale. Ha contro di sè il regime puro del *ius prohibendi*, quello del *ius adcrescendi*, per lo meno in quanto l'accrescimento si faccia derivare dal concorso, e la possibilità di esperire le azioni *in solidum*.

6° Teoria della negazione della proprietà, così nei singoli condomini, come nell'insieme di essi. Ciascun condomino ha un diritto *sui generis* che non è la proprietà. È la teoria del Perozzi. Essa è perfettamente concepibile (1).

---

(1) Ciò non significa (è questo il vizio del ragionamento del Perozzi, come del ragionamento di ogni scrittore) che debbano essere inconcepibili tutte le altre. La comunione dei diritti non implica punto necessariamente che sparisca il concetto del diritto cui si riferisce la comunione, nemmeno se questo diritto è il più ampio, come la proprietà o la sovranità. Regalità collettiva e magistrature collettive sono manifestazioni storiche frequentissime, come dicemmo, nell'evo antico e nell'evo moderno, ordinate nei modi più varî, dalle regalità elleniche, puniche o numidiche ai regni barbarici, dalle magistrature elleniche, puniche o romane sino al direttorio francese; nè si può dire che in questi Stati la sovranità sia assente.

D'altra parte precisamente la proprietà e la sovranità sono i diritti più elastici possibili, in quanto passano da un massimo ad un minimo di facoltà, e tutte le facoltà possono esser condizionate e regolate in guisa da ridurre l'esercizio di esse un problema arduo o un puro onere. Tanto è sovrano l'odierno sovrano costituzionale o il presidente di una repubblica europea o, peggio ancora, il doge della repubblica

È possibile, invero, un ordinamento positivo in cui la cosa sia gravata di diritti speciali, e nello stesso tempo, per così dire, vacua di dominio. Una simile condizione si verifica spiccatamente nelle *res religiosae*, e si potrebbero aggiungere forse anche le *res publicae* e gli esempi citati e commentati argutamente da Seneca, come i posti distinti in teatro attribuiti a cavalieri e senatori. Su ciascuno di questi oggetti i titolari hanno diritti determinati, limitati: il diritto di uso, il diritto di occupare un seggio qualunque, il *ius sepulchri*.

Non si può dire che alcuno degli utenti abbia la proprietà, nè si può dire che l'abbia lo Stato, il quale esercita puramente la sua tutela, non solo perchè i terzi non aventi diritto, come nel *ius sepulchri* o nei seggi al teatro, non turbino l'esercizio degli aventi diritto, ma altresì perchè gli aventi diritto non eccedano, non sfruttino la cosa oltre i limiti consentiti, cioè in quel modo economico che corrisponde al concetto della proprietà. Ed è in parte appunto perchè simili cose non sono oggetti di uno sfruttamento economico, qual è il contenuto essenziale del dominio, che i Romani dicono, nonostante i diritti che su di esse gravano, che esse sono *nullius in bonis*. Ciò che non dà reddito, e non può esser oggetto di scambio, non appartiene ai *bona*, al patrimonio. La teoria che nega la proprietà, sia nei singoli condomini, sia nella collettività di essi, è vera, adunque, a patto che si applichi ad una cosa che non possa e non debba essere economicamente

---

veneta, di cui non credo che la storia delle costituzioni registri un figurante più splendido, quanto è proprietario il titolare di un fondo, su cui grava un usufrutto o un uso civico perpetuo o incombono vincoli di alienazione, obblighi e divieti di culture speciali, divieti di sopraelevazione o di costruzione in generale, servitù e oneri di ogni natura. Nel condominio romano, poi, se vi ha tratto caratteristico è l'autonomia dei singoli condomini, comunque si debba concepire il diritto di ciascuno o l'estensione di esso; se vi ha teoria da respingere, è quella che incentra la proprietà nell'insieme dei condomini concepiti come persona giuridica.

sfruttata sotto nessun aspetto. Questo e non altro può essere il condominio del Perozzi.

È manifesto che nel regime della comproprietà romana non è agevole trovare un elemento favorevole a questa teoria. Vi contrasta tutto il regime degli atti giuridici che si compiono *pro parte*, delle azioni che si possono esperire indipendentemente, *pro parte* o *in solidum*, e il regime puro del *ius prohibendi*. Ma non si può dire che la teoria sia realizzata dal regime del consenso, sia negli atti giuridici relativi a tutta la cosa, sia nella disposizione materiale della cosa, o dall'intervento giudiziale, perchè, ad ogni modo, se l'accordo o l'obbligazione tra condomini o l'autorizzazione del magistrato può condurre allo sfruttamento economico e completo della cosa, ciò significa che vi è una entità, la quale ha diritto di disporre, che insomma la cosa è oggetto di proprietà (1).

5. La posizione di chi si accinge a costruire in materia di condominio è quasi tragica. È inutile illudersi di riuscirvi senza lasciare un vasto campo al *ius singulare*. L'indirizzo speculativo può avere in parte la sua giustificazione in questo, che là dove la legge ci offre in uno stesso istituto principî cozzanti, noi dobbiamo ispirare le nostre costruzioni e le nostre decisioni a criteri d'ordine più generale.

È qui il territorio in cui, necessariamente, istintivamente, dalle due famose scuole romane dei Proculeiani e Sabiniani sino alle tendenze moderne, i giureconsulti si separano in due schiere, secondo che si tengano aderenti alla struttura di un dato sistema legislativo, che rappresenta

---

(1) Non considero le formule proposte dal Bonelli: proprietà in sospeso (*Riv. del dir. comm.*, I, 1903, pag. 300), forma di collegamento diverso dalla proprietà (*Riv. di dir. civ.*, II, 1909, pag. 606), perchè, enunciate nel corso di due polemiche, non hanno avuto uno sviluppo sufficiente, nè è chiaro se per la seconda formula l'autore abbia inteso di abbandonare la prima: benchè io ritenga probabile che egli abbia voluto soltanto completarla.

sempre stratificazioni diverse e in parte arcaiche, ovvero dieno peso alle sue funzioni, in cui le norme più vitali ed attive assumono una posizione prevalente di fronte alle norme meno vivaci, che talora ci presentano il *caput mortuum* di un antichissimo passato.

I primi si ispirano prevalentemente a motivi razionali, i secondi a ragioni sociali ed economiche. Naturalmente all'estremo di queste due schiere vi hanno coloro i quali intendono far prevalere il rigore della logica formale anche là dove la più evidente praticità suggerisce l'interpretazione più congrua, ovvero i criteri dell'opportunità e dell'economia, anche là dove la logica di un istituto s'impone con tutta la forza. Ma vi ha realmente una zona media in cui due indirizzi e due soluzioni possono essere egualmente nel vero. Tanto erano nel vero i Sabiniani che, in difetto di norma legislativa espressa, dovendo pur fissare un termine dell'impubertà, richiedevano l'ispezione materiale, quanto i Proculeiani che ricorrevano alle consuetudini sociali e alle cerimonie che ne fissavano l'avvento ai quattordici anni. Tanto erano nel vero gli uni ad esigere una visibile apprensione ed un'insistenza materiale per l'acquisto del possesso, quanto gli altri che riconoscevano l'acquisto *solo animo* in quei casi in cui la coscienza sociale riconosce alcuno come possessore, anche senza materiale apprensione. E se i Sabiniani, per giudicare se il nato aveva vissuto o era nato morto, avevano riguardo a qualunque manifestazione di vita, noi non potremmo dar torto ai Proculeiani che, tenendo presente la funzione del diritto, non si allontanavano dagli usi sociali, che solo nel pianto del neonato vedono il primo segno della vita.

Nel tema del condominio noi potremmo ricercare quale fosse l'ispirazione classica e quale l'ispirazione giustinianea. Ma per l'applicazione del criterio finale ci mancano pel diritto classico gli elementi completi e pel diritto giustinianeo noi potremmo esser liberi di supporre che, nel lungo periodo storico in cui questo diritto ha esercitato il

suo impero, i diversi elementi del regime del condominio abbiano avuto nella pratica un'importanza diversa, e quindi sarebbe legittimo attribuire ad essi secondo le varie fasi un'influenza più o meno prevalente nella determinazione del concetto. In un essere vivente noi possiamo giudicare quali sono gli organi più attivi ed essenziali: in un organismo, di cui conosciamo soltanto la struttura (e non sempre con assoluta sicurezza in tutte le parti), noi corriamo il rischio di attribuire una prevalente importanza ad elementi di struttura, che sono mere e talvolta dannose sopravvivenze.

Postilla. — Il prof. Bernardino Cicala, libero docente di filosofia del diritto nell'Università di Siena, nello studio *Per l'individuazione delle categorie logiche nel diritto*, in *Studi senesi*, vol. XXX, 1916, nel quale è fatta larga parte al condominio, prende in considerazione il mio studio, approvandone, a quel che sembra, i risultati, ma concludendo con questo giudizio sul giudizio che a mia volta io esprimo circa le costruzioni del condominio: « Per poco che si abbia presente il valore della distinzione tra i concetti dinamici e statici del diritto, e non appena si vogliano applicare alla costruzione del condominio i risultati dell'individuazione di categorie logiche sin qui sostenuta, si vedrà subito come le conclusioni del Bonfante, testè riferite, non abbiano base scientifica. Infatti, se nel corso dell'evoluzione dell'istituto alcune parti fondamentali, come insegna il Bonfante, sono state rovesciate ed altre ritoccate, ciò non autorizza a negare che possa regnare una grande armonia nell'organismo dell'istituto stesso: noi possiamo sempre fissare in modo sicuro ed unico per tutte le fasi di sviluppo dell'istituto il concetto dinamico del rapporto di condominio e del contenuto di esso, e tratteggiare variamente, in conformità dell'evoluzione della legislazione, i concetti statici della facoltà in varia misura attribuita ai soggetti dei rapporti stessi ».

Dichiaro di non capire il senso di queste parole: tanto meno vi comprendo nulla, in quanto, come ho detto, il Cicala non impugna e sembra approvare i miei risultati particolari.

Nel condominio i principî di diritto singolare, che in qualunque istituto è difficile che facciano totalmente difetto, sono rappresentati in copia, si adotti questa o quella costruzione: come si può negare che non regni una grande armonia nell'organismo dell'istituto? Certo il principio fondamentale cui si ispira la costruzione e l'interpretazione in una data fase del diritto positivo, un principio secondo cui si decidono i casi non espressamente risoluti dal legislatore, si dovrà e si potrà stabilire sempre: e se questo intendesse dire il Cicala non so come egli potrebbe pensare di dire cosa diversa da me o di esser più scientifico sostituendo una dicitura filosofica e subbiettiva al linguaggio chiaro e in uso finora tra tutti i giuristi. Che se egli intende significare (come a dire il vero parrebbe da tutta la sua disquisizione sull'argomento) che la costruzione fondamentale del condominio sia una sola per tutte le fasi di sviluppo, egli dice cosa che potrebbe esser molto filosofica, ma è scientificamente molto errata.

XXX.

I poteri della maggioranza e i diritti del singolo nell'amministrazione della cosa comune (*).

La comproprietà è una posizione ben difficile a regolare e un istituto assai malagevole ad interpretare e costruire, anche quando sia stato dal legislatore disegnato con la maggior nettezza di linee. Trattasi dal punto di vista legislativo di conciliare principî ed esigenze opposte, il riguardo al singolo e alla collettività, il che rende impossibile al legislatore di seguire la direttiva di un concetto unico; trattasi dal punto di vista dommatico ed esegetico di stabilire il carattere e i limiti d'impero di ciascun gruppo di norme, di ricercare nel suo complesso regime il principio ispiratore. La dottrina moderna, trascinata dalle sue tendenze costruttive, ha elaborato teorie mistiche, in quanto la maggior parte degli elementi che si vorrebbero ridurre sotto un dato concetto non vi si adagiano se non per atto di fede: pure la varietà e il contrasto irreconciliabile tra le

(*) Dal *Foro ital.*, vol XXXIX, I, 1913, pag. 1318 e seg. — Nota alla sentenza della Corte di cassaz. di Napoli, 14 luglio 1913; pres. Lomonaco, est. Granata, p. m. Campolongo (concl. conf.); Pisanti (Avv. Pasquale) c. Gabrielli (Avv. Ferrazzani). — La massima è la seguente:

« Il portiere di un casamento in condominio dev'essere nominato o licenziato dalla maggioranza dei condomini o dal condomino rappresentante la maggiore entità degli interessi; la minorità dissenziente può ottenere il licenziamento del portiere dall'autorità giudiziaria solo se provi che la sua permanenza risulterebbe gravemente pregiudizievole alla cosa comune.

« Tale contestazione deve farsi in contraddittorio fra condomini e portiere, e non soltanto fra il portiere e il dissidente ».

dottrine elaborate con la stessa fede e con la stessa passione dovrebbero rivelare a chiunque si accinga *ex novo* a trattare la materia che l'istituto è ben lungi dall'esser retto da un principio unico. Le forme della comunione sono infinite nella storia, e nessuna forse ci offre, per così dire, un tipo assolutamente puro.

Nel condominio moderno, derivato, con alterazioni peraltro non irrilevanti, dal condominio romano, si distinguono abbastanza nettamente due lati disformi: la *disposizione giuridica* della cosa, nella quale il sistema della quota è veramente dominatore, e la *disposizione materiale* della cosa, in cui, salvo per quel che riguarda la percezione dei frutti, quel criterio si smarrisce. In questo secondo campo nel diritto classico signoreggiava invece il principio della piena autonomia non solo, ma del pieno godimento di ciascuno, temperato o infrenato, se si vuole, dal *ius prohibendi* di fronte all'uso dannoso o eccessivo. Giustiniano sembra aver convertito il puro *ius prohibendi* nell'esigenza del consenso da parte dei condomini e temperato i contrasti con l'intervento del giudice. Il diritto moderno ha complicato maggiormente questo regime, proseguendo la stessa tendenza di conciliare i contrasti mercè l'intervento del giudice e subendo in parte l'influenza di altre correnti storiche e di altre direttive economico-sociali. Il nostro Codice agli articoli 675-676 ha riconosciuto l'autonomia del singolo condomino nel godimento e nella tutela materiale della cosa comune con una serie di temperamenti; all'art. 677 ha sancito il principio romano della necessità del consenso di tutti per ogni innovazione della cosa comune; nell'art. 678 ha messo innanzi un principio nuovo, che organizza l'insieme dei condomini, in quanto concerne l'amministrazione e l'utilizzazione più acconcia della cosa, come una persona giuridica, dando la prevalenza alla maggioranza degli interessati. Finalmente in questo stesso articolo (678) il nostro Codice di nuovo accorda in varie ipotesi poteri assai più larghi che non il diritto romano all'autorità giudiziaria, alla

quale è lecito financo di nominare un amministratore alla cosa comune.

La specie presente ci offre sotto un aspetto abbastanza semplice un conflitto caratteristico tra i poteri della maggioranza, l'autonomia del singolo e il diritto della collettività. Un portiere è una specie di amministratore e specialmente in alcune capitali, come a Napoli e a Vienna, un amministratore con poteri abbastanza larghi, non tutti circoscritti dalle norme giuridiche: e se si vuole che esso sia un impiegato (locatore d'opere) ai servigi dell'amministrazione, il ragionamento non varia. Trattasi nella specie di un portiere costituito dalla maggioranza e ad un certo punto diffidato dal singolo. La disamina investe un gruppo di questioni discusse e risolute nella dottrina, ma forse non sempre con argomenti adeguati. Si domanda in primo luogo se un amministratore possa esser costituito dalla maggioranza. La dottrina del diritto civile risponde con una distinzione. Per quel che concerne la decisione astratta di deferire l'amministrazione ad uno dei soci o ad un estraneo, di costituire in generale un amministratore, è competente e solo competente la collettività dei soci: la deliberazione dev'essere unanime. Ma una volta stabilito per consenso unanime che sia bene deferire l'amministrazione ad un solo o anche a più mandatarî, la scelta e la nomina può esser fatta dalla maggioranza. Questa distinzione si fonda in sostanza sulle considerazioni seguenti. L'amministrazione è un diritto dei singoli soci che non può esser sottratto ad essi da una deliberazione della maggioranza; l'art. 678 si riferisce alle modalità dell'amministrazione, alle decisioni da emettere nelle singole emergenze e in ogni singolo affare, non devolve integralmente l'amministrazione ad un ente diverso dai singoli. La scelta della persona cui affidare l'amministrazione è invece una pura modalità, che può esser riserbata anche alla maggioranza dei condomini (Cfr. Vita-Levi, *Della comunione dei beni*, vol. II, nn. 398, 399, pag. 592 e seg., Paternò, *La comunione dei beni*, n. 160, pag. 285; Bianchi,

Corso di diritto civile italiano, 2ª ediz., 1900, vol. IX, parte 3ª, pag. 869 e seg.). La giurisprudenza, salvo qualche sporadica eccezione, è pur essa in quest'ordine di idee.

Credo la distinzione giusta e l'interpretazione dell'articolo 678 esatta. La dizione dell'art. 678 sarebbe per vero abbastanza generale e potrebbe intendersi nel senso di devolvere l'amministrazione interamente al volere della maggioranza. Ma noi non possiamo attribuire un tal valore al detto articolo, per quanto a prima vista attraenti siano le lusinghe del principio che esso rappresenta. L'intervento della maggioranza è un pensiero nuovo, come abbiamo detto, ed è un motivo che restringe l'autonomia del singolo. Esso si insinua con tutti i caratteri di un principio di diritto singolare, e non può aspirare a prevalere sul diritto del singolo, a schiacciarne totalmente l'esplicazione, come avverrebbe se a suo libito la maggioranza potesse espellere il singolo dall'amministrazione, allontanarlo da ogni rapporto con la cosa. Ciò che il legislatore ha voluto è che la maggioranza possa dettar legge al singolo nel modo di regolare l'uso della cosa, l'indirizzo da imprimere a quella specie di azienda che è pur sempre una cosa comune. La prevalenza data alla somma degli interessi più che alla somma delle persone mostra che la legge trae le sue ispirazioni più da moventi economici che non da motivi etico-giuridici.

Ma un'altra questione sorge in proposito, ricollegantesi appunto al pensiero ispiratore della legge. Posto che la legge, per costituire la maggioranza, ha riguardo alla maggior entità degli interessi, può un solo condomino, che è tale per la maggior parte della cosa comune (come nella nostra specie pretendeva di esser l'opponente, da cui derivò la diffida), costituire senz'altro la maggioranza? Vi sono scrittori e Corti che ricalcitrano davanti a questa conseguenza, che par loro eccessiva (Cfr. per l'Italia Dal Vitto, *Diritto civile*, art. 678; Bianchi, *Corso di dir. civile*, 2ª ediz., pag. 924 e segg.); per isfuggirvi, essi si fondano sopra un'interpre-

tazione strettamente letterale dell'art. 678 e sopra considerazioni piuttosto di carattere etico. Il legislatore, si dice, parla di voti che concorrono alla deliberazione, e sarebbe contrario al testo stesso della legge formare la maggioranza di un solo voto: se a costituire la maggioranza bastasse il voto di un solo dei comunisti, l'amministrazione della cosa verrebbe ad essere concentrata nelle sue mani, e non vi sarebbe più che un simulacro di deliberazione. Noi riteniamo a nostra volta, con la maggioranza degli scrittori, che queste obbiezioni non valgano ad infirmare la chiara e logica interpretazione della legge. La legge parla di voti, in quanto prospetta l'ipotesi tipica della maggioranza, ma, attribuendo essa la prevalenza alla maggior entità degli interessi, è giocoforza inferirne che anche il voto d'un solo rappresentante questa maggiore entità possa esser decisivo, come accade, salvo disposizione speciale, in tutte le ipotesi analoghe in cui si vota secondo l'entità degli interessi: con la riferita interpretazione l'articolo verrebbe ad esser fuori di applicazione in una delle ipotesi più frequenti, che è anzi quasi l'ipotesi normale del condominio: cioè il caso di due condomini.

Nè è esatto il dire che l'amministrazione verrebbe ad esser concentrata nelle mani di un solo, poichè, come dicemmo, la maggioranza non è arbitra dell'amministrazione, e anche sotto questo aspetto l'interpretazione letterale potrebbe menare fuori di strada. Essa prende soltanto le deliberazioni che occorrono per disciplinare l'amministrazione e vincolare i singoli a una data economia. Nè la deliberazione, quando un solo sia maggioranza, verrà per questo ad essere un simulacro e una finzione, più di quello che sia nel caso in cui la minoranza si deve inchinare, non alla norma stabilita da un solo, bensì alla norma stabilita da due o da parecchi. La minoranza ha pur sempre il diritto di avanzare le sue proposte e difenderle, di discutere quelle della maggioranza ed eventualmente indurre l'uno o i più a mutare d'avviso.

Questa considerazione precisamente ci mena a fissar bene quello che è il vero concetto della legge, la quale, bene intesa, non porta veramente a conseguenze estreme. Sia un solo o siano più a costituire la maggioranza, per il fatto stesso che essi rappresentano un indirizzo economico uniforme, non sono già costituiti in una forma di assolutismo oligarchico o individuale, in una specie di comitato o di tirannide.

La legge parla di deliberazioni, di voti, di maggioranza e di formazione della maggioranza; tutto ciò significa che tutti i condomini debbono essere avvisati, sentiti, hanno pertanto diritto di esprimere il loro avviso, che, insomma, la deliberazione della maggioranza, è, per lo meno nella forma, un risultato, non un'intimazione, è una norma posta dal corpo dei condomini organizzati per questo scopo, non l'ordinanza indipendente d'un solo o di un gruppo di interessati.

Le parole non possono qui avere un senso diverso da quello che hanno in altri campi che spontaneamente si affacciano al pensiero. La legge, è vero, non parla di una convocazione, non sancisce forme all'uopo, nè giova insinuare questi momenti nell'interpretazione del testo legislativo; trattasi di un'organizzazione embrionale, che deve funzionare in modo abbastanza semplice. Tutti i condomini debbono essere avvisati; colui o coloro che hanno interesse a farlo lo facciano: di costringerli ad esprimere il loro parere, a intervenire in un dato luogo, a discutere le proposte e a votare; i maggiormente interessati non hanno nè il potere, nè il dovere.

Sgombrato il terreno dalle questioni preliminari, veniamo all'ultima, che costituisce pù precisamente l'oggetto della decisione della Corte. Può uno solo dei condomini licenziare l'amministratore costituito dalla maggioranza? Può in questa forma risorgere, e, direi quasi, insorgere contro il potere della maggioranza l'autonomia del singolo? La risposta si può dire, nella dottrina, negativa, ed essa è anche

abbastanza largamente ragionata, per quanto in modo non del tutto adeguato e stringente.

Anzitutto non è esatta la posizione che talora si assume di fronte alla dottrina francese. Se il Pont, se la grave autorità del Troplong dichiarano che in un mandato dato in comune ciascun condomino delega per conto proprio al gerente il potere che gli spetta, e ciò che la sua volontà ha potuto fare può esser dalla sua volontà liberamente revocato; che l'esigere il concorso di tutti, perchè un solo possa recedere, non sarebbe giusto, non si può dire che questi ragionamenti non siano plausibili, non si può affermare non essere esatto che ciascun comunista, conferendo un mandato per l'amministrazione comune, lo faccia solo per sè, non essere vero che deleghi poteri particolari, proprî (Cfr. Bianchi, loc. cit., pag. 881): sono invece ragionamenti assai gravi nella dottrina francese, che non possiede il corrispondente del nostro art. 678 e discute quindi l'ipotesi dell'amministratore costituito da *tutti* i comunisti. Ciò posto, è precisamente esatto in generale il dire che ciascuno conferisce individualmente e per conto proprio il mandato e può liberamente revocarlo, in quanto ciascuno dispone del suo diritto, della *res sua* (*unusquisque rei suae moderator et arbiter* è una massima che si riferisce espressamente al mandante) e non ha vincoli col collega; e soltanto se ne abbia, per impegni presi, potrà esser chiamato a rispondere di fronte a lui per inosservanza di obblighi.

Queste considerazioni ci menano a rilevare quanto v'è di erroneo o d'insufficiente nella dimostrazione della teoria dominante, a stabilire la vera posizione delle cose e il motivo giuridico decisivo.

Si suol dire che il mandato è collettivo, quindi unico e indivisibile; che esso è conferito dall'insieme dei condomini, non dai singoli condomini individualmente, e nell'interesse comune; che pertanto il mandatario, anche eletto dalla maggioranza, rappresenta la collettività dei condomini, ovvero che la revoca deve emanare dal potere stesso che ha

conferito il mandato: si aggiunge infine che altrimenti si consacrerebbe il capriccio di un solo e l'interesse comune sarebbe gravemente compromesso (Cfr. anche Vita-Levi, loc. cit., e vol. II, pag. 562 e 563).

Ora il mandato conferito da più è ben collettivo, ma non è, di regola, nè unico, nè indivisibile; nè i più rappresentano un potere unico, nè il mandatario rappresenta una collettività ridotta ad unità. Ma il vero è che noi siamo in un'ipotesi speciale dominata dai principî dell'art. 678, che deriva, come è noto, dall'art. 853 del Codice austriaco. L'organizzazione della maggioranza costituita secondo le norme di questo articolo 678 è veramente un potere che sovrasta all'autonomia dei singoli, e le sue deliberazioni sono ordinanze cui tutti i singoli si debbono inchinare. Come abbiamo già stabilito, l'art. 678 è precisamente una norma eccezionale, che nel terreno in cui ha impero limita il diritto dei singoli. Una revoca del mandato conferito dalla maggioranza, eseguita dal singolo è inconcepibile, come una qualunque ribellione del singolo condomino al volere della maggioranza. Col mandatario il singolo non ha vincoli, sia che abbia votato pro o contro la sua nomina; quegli non lo riconosce individualmente come suo mandante e non può essere da lui revocato; ma egli è ben vincolato, in forza della deliberazione presa, di fronte ai colleghi. Egli non ha che il diritto conferito dall'ultimo comma dell'art. 678, di ricorrere all'autorità giudiziaria quando stimi che le deliberazioni della maggioranza risultino gravemente pregiudizievoli alla cosa comune. Quanto diciamo è di tutta evidenza allorchè il condomino dissidente appartiene alla minoranza: il nostro articolo dichiara in modo espresso che le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti sono obbligatorie anche per la minorità dissenziente: a che varrebbe l'aver costituito una maggioranza e preso una deliberazione se coloro che non vi hanno aderito potessero il giorno appresso agire in senso contrario? Ma ciò non è meno indiscutibile quando si tratti del pentimento di un membro della maggioranza, e sia pure un membro che

per l'entità dell'interesse venga a spostare la maggioranza stessa. Data questa sua comoda posizione, se egli abbia ragione di dubitare ormai della bontà della deliberazione presa, può chiamare di nuovo a consulta i colleghi nei debiti modi e gli sarà agevole di provocare una deliberazione opposta, mettendosi dal lato della vecchia minoranza. Ma finchè egli non faccia questo, la deliberazione della maggioranza resta come una legge della comunione. Il nostro Codice, in una sfera limitata per vero, ha organizzato la comunione come una persona collettiva distinta dai singoli membri, e per tanto infrenato entro questa sfera l'autonomia dei singoli condomini.

XXXI.

L'azione autonoma del condomino (*).

L'ordinamento positivo del condominio comprende due aspetti, il cui regime è profondamente diverso: la disposizione giuridica e la disposizione materiale della cosa comune. Il primo aspetto è il più agevole. La quota, che misura l'esplicazione del diritto esercita in questo campo il suo pieno impero con semplicità e con chiarezza; e se in teoria essa è un elemento equivoco, in quanto è facile cadere nell'abbaglio di considerare la quota stessa non come una misura, ma come l'oggetto del diritto, in pratica essa funziona perfettamente. La disposizione giuridica *integrale* della cosa è vietata al singolo: occorre a tal uopo il *consensus omnium;* ma nulla vieta, invece, quando sia possibile, di disporre *pro parte* della cosa. Al condomino non è lecito vendere la piena ed esclusiva proprietà della cosa, ma è lecito vendere la proprietà della cosa nella misura della sua quota, cioè, come usa dire, la sua quota. Salvo le alterazioni portate nelle conseguenze dei singoli atti dalla natura dichiarativa, non più attributiva, della divisione, in questo territorio l'istituto del condominio è nel diritto moderno essenzialmente qual era nel diritto romano.

(*) Dalla *Riv. del dir. comm.*, XI, II, pag. 882 e seg., 1913. — È una nota alla sentenza della Corte di cassaz. di Torino, 2 giugno 1913; pres. Desenzani, est. Prato (Vallarino c. Cerutti), la cui massima è la seguente:

« Ben può il proprietario di un piano di una casa, anche senza il consenso degli altri comproprietari, far passare i tubi dell'acqua potabile lungo i muri delle scale comuni ». In parte abbreviata.

Diversamente vanno le cose per quel che concerne la disposizione materiale dell'oggetto tenuto in condominio da parte dei singoli condomini. È questo il problema veramente spinoso del condominio; problema arduo dal punto di vista legislativo, dal punto di vista dommatico ed esegetico, dal punto di vista pratico. Il legislatore deve possedere un grande spirito conciliativo, un gran senso pratico ed un gran tatto, per così dire, a fine di temperare esigenze opposte e tener conto delle tendenze etiche, degli usi e dell'economia del popolo. L'interprete deve bensì ricercare il principio fondamentale che domina l'istituto, ma non deve illudersi di ridurre tutte o quasi tutte le norme al principio per avventura scoperto: e forse il suo còmpito vero è di organizzare i varî gruppi di norme, stabilire il senso e i limiti d'impero di ciascuno. E anche stabiliti con precisione il significato e l'àmbito di ciascun complesso di norme in astratto, l'applicazione pratica al caso singolo può esser delicata e variabile, e il giurista può esser ridotto a chieder lume al perito più che alla dottrina dei trattati. Finalmente, fuori della percezione dei frutti, in questo campo la quota non funziona affatto; *frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus* (L. 19, D., 7, 8).

Il diritto romano è in questa parte un terreno di controversie, e probabilmente ha subìto modificazioni gravi nel passaggio dal diritto classico al diritto giustinianeo, portate da un diverso spirito etico e da diverse concezioni economiche.

L'*usus* nel senso stretto, cioè il compimento di atti in generale conformi alla destinazione e alla funzione della cosa, di atti che non intacchino menomamente la sostanza della cosa, sembra esser lecito e libero ai singoli condomini. Il principio, e in un certo senso il criterio-limite, si può dire espresso da Celso nella celebre L. 5, § 15, D., 13, 6, fondamentale in materia di condominio: « *usum... uniuscuiusque in solidum esse: neque enim minus me uti, quod et alius uteretur* ». Gli esempi sono piuttosto numerosi e abbastanza perspicui.

Ma per quel che riguarda il compimento di atti che intaccano la sostanza della cosa, il regime del condominio romano è piuttosto oscuro. Il concetto che emerge nelle fonti è il *ius prohibendi* (L. 27, § 1, D., 8, 2; L. 11, D., 8, 5; L. 28, D., 10, 3), il *prohibere* o la *prohibitio* (L. 19 pr., D., 8, 2; L. 26, *eod.*, L. 11, D., 8, 5; L. 28, D., 10, 3) degli altri condomini di fronte all'opera disegnata o iniziata dall'uno di essi. Non si parla mai della necessità di un espresso consenso da parte dei soci, come accade invece negli atti *giuridici* relativi alla cosa *intera* (L. 11, D., 8, 3; L. 19, D., 8, 3; L. 28, D., 8, 3; L. 18, D., 8, 4; L. 41, D., 11, 7; L. 12, D., 21, 2; L. 67 pr., D., 17, 2; L. 10 pr., D., 39, 3; L. 7, Cod., 3, 38), e qualche testo parrebbe render chiaro che la *prohibitio* dev'essere formulata dal condomino opponente, altrimenti l'opera compiuta dal condomino agente sta, sebbene egli non abbia chiamato a consulta i colleghi. Il regime parrebbe pertanto esser in generale il seguente: anche nelle operazioni che intaccano la sostanza della cosa, e quindi necessariamente invadono il diritto degli altri condomini, ciascuno è libero di agire, ma in questa parte egli ha a temere l'opposizione, il veto del condomino: e solo finchè il condomino tace, l'opera si compie legittimamente e sta. E tale è per vero il concetto che dalle fonti desumevano i glossatori e i vecchi giuristi del diritto comune (Cfr. specialmente Glossa, Gotofredo, Cuiacio, alla L. 28, D., 10, 3, fondamentale in materia). Essi aggiungevano per vero alcuni temperamenti che parevano risultare dalla L. 28, D., 10, 3; che il condomino agente senza previo accordo cogli altri condomini poteva essere responsabile dei danni con l'*a. c. d.*, e di fronte al condomino assente egli poteva anche esser costretto alla demolizione dell'opera compiuta, quando questa riuscisse dannosa. Altre leggi, tuttavia, e principalmente la L. 26, D., 8, 2, sembrano attribuire a qualunque condomino il diritto di far togliere l'opera compiuta senza il suo consenso, mediante l'*a. c. d.*, salvo pur sempre il temperamento se non sia più giovevole alla comunione di mantenere l'opera. Gli scrittori

moderni inclinano piuttosto a ritenere un po' vagamente che sia necessario il consenso dei soci anche per la disposizione materiale della cosa.

In Italia si è voluto desumere questa necessità dalla stessa L. 28, D., 10, 3, il che, non ostante l'intrico di questa legge, è veramente eccessivo.

Io credo che il regime classico fosse effettivamente quello del *ius prohibendi* nella sua purezza ed esente da ogni temperamento. Se l'opera si compie senza opposizione essa resta. Ma credo altresì che i compilatori abbiano introdotto nelle varie leggi una serie di modificazioni cozzanti col principio classico, il cui risultato è di stabilire, con lievi temperamenti, la necessità del consenso di tutti i condomini, perchè l'opera si possa compiere.

Sicchè il regime romano giustinianeo si può in generale riassumere così: uso libero della cosa, cioè piena autonomia del singolo condomino entro i limiti proprî dell'*usus*, escluso l'*abusus* nel senso non etico, ma economico (la distruzione della cosa), qual era il senso della parola presso i Romani; necessità in massima del consenso di tutti i condomini, con eventuale intervento del giudice, oltre questi limiti. Un testo, la L. 28, D. *comm. div.*, 10, 3, di Papiniano, ci dice bensì con assoluta generalità che al condomino è vietato « iure facere *quicquam* invito altero »: senonchè, a parte pure quel che si è detto dell'uso, altri testi mostrano che questo assoluto divieto non è esatto, e probabilmente la legge di Papiniano è stata interpolata, sopprimendo dopo *iure* la parola *servitutis*, come dimostra il testo parallelo di Paolo, in cui si riporta con le stesse parole la stessa massima di Sabino, la L. 26, D. *de serv. praed. urb.*, 8, 2; sicchè la regola formulata in capo al testo non concerneva nel suo genuino tenore il *facere iure domini*, bensì il *facere iure servitutis*, la possibilità di gravare di una servitù (per esempio *altius non tollendi*) a proprio favore la cosa comune; il che è escluso, perchè, dice Paolo nella legge citata (e forse diceva anche Papiniano), *nulli res sua servit.*

Noi abbiamo d'altra parte un termine di confronto che ci mostra l'esattezza di questa delimitazione delle due sfere nel condominio: l'*usus* e l'*opus novum*, e l'abbiamo nel territorio della *o. n. n.* e dell'*interdictum quod vi aut clam;* confronto prezioso e decisivo non solo perchè in questi istituti l'*opus novum* campeggia e costituisce il motivo dominante, ma perchè probabilmente nel diritto classico (e qualche sopravvivenza se ne ha pure nel diritto giustinianeo) la *prohibitio* del condomino doveva avere precisamente la sua sanzione regolare nell'*interdictum quod vi aut clam*, che costringeva, in via sommaria e senza disamina sul diritto o meno, l'agente a demolire l'opera fatta contro il divieto, qualora l'opponente non preferisse, come gli era lecito, di farsi giustizia da sè. Ora precisamente negli istituti sopraddetti l'applicazione tipica della *prohibitio* o della *nuntiatio*, che fanno luogo rispettivamente all'interdetto *quod vi aut clam* o all'interdetto *ex o. n. n.* (l'interdetto demolitorio dei commentatori), quando non siano rispettate, è in materia di costruzioni, cioè l'*aedificare*, il *facere in solo*: ciò che si vieta è l'*opus novum* di colui che *aut aedificando aut detrahendo pristinam faciem operis mutat* (L. 10, § 11, D. *de o. n. n.*, 39, 1) e dall'*opus novum* prende nome l'istituto civile e più antico. In quella vece le opere necessarie e normali, di cui sono esempi tipici i restauri e le colture ordinarie, il *fulcire vetus aedificium*, l'*opus colendi agri causa factum*, messi, vendemmie, potagioni e tagli ordinari di bosco, in breve ogni opera che non muti la *pristina facies* dell'edificio e del luogo, non ricadono nè sotto la *nuntiatio* nè sotto la *prohibitio*, non fanno luogo agli interdetti corrispondenti (L. 1, § 12, D. *de o. n. n.*, 39, 1; L. 1, § 13, *eod.*; L. 7, § 5, D. *quod vi aut clam*, 43, 24; L. 7, § 7, D. *eod.*, ecc.).

Nel diritto moderno la complicazione è cresciuta. Noi abbiamo introdotto, in aggiunta agli elementi ereditati dal diritto romano, un elemento nuovo che a noi deriva direttamente dal Codice austriaco: l'organizzazione e la decisione della maggioranza entro una certa sfera. Sicchè nel nostro

Codice la disposizione materiale della cosa, prescindendo dalla divisione dei frutti, che si accomuna con la disposizione giuridica, in quanto il regime della quota vi si attaglia perfettamente (Cod. civ., art. 679), si può distinguere in tre parti: autonomia dei singoli condomini per quel che riguarda l'uso della cosa conforme alla sua destinazione e la conservazione di essa, con alcuni temperamenti e regolamenti (art. 675 e 676); necessità del consenso di tutti i condomini per quel che riguarda le innovazioni (art. 677); deliberazione della maggioranza degli interessati con eventuale intervento, in una forma più larga che non nel diritto romano, dell'autorità giudiziaria, per quel che riguarda l'amministrazione e il miglior godimento della cosa comune (art. 678).

La decisione della maggioranza è un elemento piuttosto arbitrario, come l'intervento dell'autorità giudiziaria, in quanto, se non vi ha chi promuova l'una o l'altro, rimangono di fronte i due termini del singolo e della collettività, dell'uso ordinario e dell'*opus novum;* e poichè nella specie presentatasi al giudizio della Corte (passaggio di tubi dell'acqua potabile lungo i muri delle scale comuni), d'un intervento, di una decisione della maggioranza non è discorso, parrebbe che fosse agevole risolvere la questione sulla base dei puri principî romani, in cui l'*usus* e l'*opus novum* in tema di condominio e in temi analoghi sono largamente esemplificati e discussi. E dalle fonti romane parrebbe altresì risultare che in generale *opus novum* è ogni opera che si aggiunge, che si applica, che non può reggere indipendentemente, senza l'aderenza alla cosa comune; scale, vôlte appoggiate al muro comune debbono reggere da sè e non impedire la *refectio* del muro, altrimenti sono opere illecite. Anzi in due testi è espressamente vietata l'applicazione dei tubi lungo il muro comune, cioè risoluta in senso negativo la specie della nostra sentenza. È pregio dell'opera riportare per intero i due testi, che ci offrono un responso di Proculo, il quale sembra aver esercitato una certa attività in questa materia.

L. 13 pr., *de serv. praed. urb.*, 8, 2: « Quidam Hiberus nomine, qui habet post horrea mea insulam, balnearia fecit secundum parietem communem: *non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem*, sicuti ne parietem quidem suum per (*scr.* super) parietem communem; de tubulis eo amplius hoc iuris est, quod per eos flamma torretur paries: qua de re volo cum Hibero loquaris, ne rem illicitam faciat. Proculus respondit: nec Hiberum pro ea re dubitare puto, quod *rem non permissam facit tubulos secundum communem parietem extruendo* ».

L. 19 pr., *eod.*: « *Fistulam iunctam parieti communi*, quae aut ex castello aut ex caelo aquam capit, *non iure haberi* Proculus ait ».

Nè il nostro art. 677 è redatto in termini più larghi, chè anzi esso esclude le innovazioni sulla cosa comune da parte dell'uno dei condomini, anche se si accampi che riescono vantaggiose a tutti.

Pur nondimeno, per quanto sia grave l'autorità del diritto romano in una sfera in cui sembra che il diritto moderno abbia codificato i principî romani, noi non crediamo che essa sia decisiva. Navighiamo, come si è detto a principio, in un mare pieno di insidie. Caso per caso, ogni questione in tema di costruzioni e di applicazioni meccaniche è troppo tecnica, perchè possa aver valore assoluto un responso di duemila anni fa.

Pur rimanendo intatti i principî, intatti i criteri del diritto antico (il *ius utendi et abutendi* richiamato dalla Corte è un paradosso tanto nel diritto romano quanto nel diritto moderno), l'applicazione di essi può esser diversa e può accadere che sia *usus* al giorno d'oggi quello che per i Romani era *opus novum*.

Il dubbio pertanto può rimanere. Si può osservare altresì che il diritto moderno è veramente ispirato a un criterio maggiore di socialità che non il diritto romano, che se l'art. 677 è redatto in una forma rigida, l'art. 675 nel suo complesso sembra piuttosto allargare che restringere il con-

cetto dell'uso, in quanto le limitazioni all'autonomia del singolo condomino (impiegare la cosa secondo la destinazione fissata dall'uso, non servirsene contro gli interessi della comunione, non servirsene in modo da impedire agli altri partecipanti di servirsene alla loro volta), non hanno il vero carattere di restrizioni, ma descrivono una sfera abbastanza larga, con l'unica preoccupazione di evitare le modificazioni arbitrarie della cosa, nonchè il danno della comunione e dei soci; che infine questo spirito di socialità e la preoccupazione di uno sfruttamento economico della cosa raggiungono il loro culmine nell'art. 678, destinato a limitare l'autonomia puramente negativa e antieconomica del singolo. Nè queste considerazioni sullo spirito alquanto diverso dei due diritti sono mere frasi, nè implicano un biasimo del diritto romano. Da un lato lo spirito di un dato diritto è in ultima analisi il criterio supremo d'interpretazione, e dall'altro lato non dobbiamo stimare che quando si parli di socialità si affermi sempre un indirizzo sano e superiore. Soltanto chi crede che non vi è legge, la quale prescriva il bene, che non sia un beneficio, chi ignora che ogni norma giuridica è per sè stessa un male e soltanto può essere compensata dai maggiori guai che essa evita, dato che eviti veramente un numero molto maggiore di guai e vi riesca, può considerare come un benefizio le così dette leggi sociali. Chi non si illude sa che esse sono un fenomeno di ignavia, di inerzia, di decadenza, uno strumento di oppressione: che pel diritto romano, l'aver fatta la più larga parte all'autonomia del cittadino, alla libera iniziativa, alla volontà e alla responsabilità di ciascuno, resta sempre il suo maggior titolo di lode. Queste considerazioni tuttavia non sarebbero ancora atte a dar ragione della decisione favorevole all'impianto dei tubi in un muro comune nel nostro diritto. Ciò che a nostro avviso giustifica la soluzione è la natura speciale della comunione di cui si trattava nel caso, non tenuta presente dalla Corte. La nostra specie in causa non ci offre veramente il tipo generale della comunione, bensì

uno di quei tipi retti da disposizioni speciali e richiamati al primo articolo del nostro titolo, l'art. 673. Si tratta di edifici comuni e di proprietà divisa per piani: si tratta d'una ipotesi ignota al diritto romano, la quale ha cresciuto notevolmente il campo di quegli oggetti in cui l'indivisione è forzosa a norma dell'art. 683, indivisione che sopraggiungeva nel diritto romano solo in casi eccezionalissimi. Un acuto civilista, il Venzi, ha già osservato molto nettamente e perspicuamente che le due specie di comunione, la volontaria e la forzosa, pur avendo caratteri comuni, differiscono profondamente per molti riflessi, e sovrattutto che la disciplina rigida, severa, stabilita per la comunione volontaria, non è applicabile alla comunione forzosa: ma occorre invece far ricorso ai principî generali di diritto che governano questa materia (Cfr. Venzi, *Note alle Istituzioni di diritto civile italiano del Pacifici-Mazzoni*, vol. III, parte 1ª, nota *d* al libro III, tit. IV, cap. I, pag. 454; e nota *c* al libro III, tit. IV, cap. II, pag. 495) e specialmente all'analogia degli art. 557 e 664. Il Venzi stima di poter conchiudere che principio generale in materia di comunione forzosa è che siano permesse sulla cosa comune tutte quelle innovazioni che non recano danno ai diritti degli altri partecipanti (loc. cit., pag. 454). L'applicazione che egli ne fa è in una questione, che sulla fine del secolo passato divise vivacemente la dottrina a proposito di alcune celebri sentenze: l'impianto di un ascensore nel vano di una scala comune. Il Venzi distingue in proposito se i comproprietari fossero veramente condomini *pro indiviso* dell'edifizio, ovvero proprietari dei singoli piani e comproprietari quindi degli accessorî.

Noi crediamo che questa base dell'argomentazione sia esattissima. Non i soli due articoli notati dal Venzi, ma quasi ogni articolo sotto la rubrica dei muri, edifici e fossi comuni, che parla di facoltà del condomino, oltrepassa la sfera libera di azione lasciata libera al condomino in diritto romano e si richiama ad altre derivazioni storiche; l'art. 551

per il regolamento dell'immissione nel muro comune, l'articolo 552 per l'attraversamento con chiavi, capichiavi e simili, gli art. 553 e 554 per l'alzamento, gli art. 555 e 556 per la facoltà di acquistare la comunione, l'art. 557 che stabilisce l'intervento di periti per valutare il danno in caso di rifiuto alle opere, gli art. 559-561 relativi ai muri di cinta, gli articoli 562-564, che regolano il nuovo istituto della proprietà per piani.

Che il nuovo regime dell'indivisione forzosa degli accessorî tra i proprietari di più piani richieda una maggior larghezza di principî, è evidente. I Romani già avevano osservato che, dato il *ius prohibendi* di ciascuno alle opere del proprio condomino, il condominio è un regime labile, e l'unico rimedio è la divisione della cosa comune: *propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit.* Dove questo rimedio non può funzionare, la necessità stessa impone che il lato negativo dell'autonomia del singolo, che il puro ostruzionismo sia infrenato, e il lato positivo cresciuto sino ai limiti in cui la cosa non abbia un effettivo danno dall'opera del condomino o l'altro condomino una effettiva diminuzione dell'uso proprio. L'art. 675 dev'essere per lo meno in questo campo applicato nella sua maggior larghezza d'interpretazione e la destinazione fissata dall'uso intesa con una liberalità che implichi tutte le necessità e le comodità civili dei singoli piani.

Non dobbiamo dimenticare infine che gli articoli relativi ai muri, edifici e fossi comuni non sono nel nostro diritto in tema di condominio, ma precisamente sotto una rubrica che rappresenta di fronte al diritto romano la più profonda novità in tutto il campo del diritto patrimoniale, cioè la rubrica delle così dette servitù legali, concetto e termine antiromano per eccellenza. E se v'ha territorio, in cui lo spirito di socialità del diritto moderno erompa a suo agio e si manifesti senza velame, è appunto questo delle servitù legali. È noto come nel concepire il regime di alcune parti degli accessorî tra i proprietari di più piani si oscilli

tra la comunione e la pretta servitù legale; ma qualunque concetto si accolga, certo il legislatore ha voluto che l'uso di questi accessorî da parte dei proprietari dei singoli piani avesse la maggior possibile ampiezza e libertà.

La comunione di diritti è, abbiamo detto, una posizione che può assumere nelle varie fasi della storia e nei varî diritti le più diverse configurazioni, in cui i diversi principî sono in conflitto e si debbono con tatto e misura contemperare. Non fa meraviglia se in uno stesso diritto accanto all'istituto generale pullulano altre comunioni di struttura speciale, il che rende sempre più pericolose e vane le dispute alquanto metafisiche sul concetto della comunione, dubbia la stessa unità concettuale dell'istituto, inani le invettive troppo abusate nel nostro tema contro ogni forma di pensiero divergente da quella che alberga nel nostro spirito.

XXXII.

Le convenzioni fra condomini e l'esercizio dei diritti da parte dei singoli (*).

Questa decisione della Corte di Genova ci sembra non soltanto equa, ma logica anche a lume dei principî.

La specie è interessante, perchè atta a rivelare l'ambiguità di termini e di posizioni, in cui ci si muove nel tema dell'esercizio e del conflitto dei diritti. La categoria della collisione o conflitto dei diritti e del regolamento nell'esercizio dei varî diritti in conflitto non ha mai raggiunto nella scienza un assestamento pacifico e chiaro, perchè vi si confondono due territorî diversi, due sfere quasi antitetiche: da un lato la coincidenza di più diritti sullo stesso oggetto, dall'altro la collisione di diritti, per così dire, finitimi, i quali nell'esercizio rispettivo si urtano. I due tipi più concreti e perspicui, in cui si coglie sul vivo e si può esemplificare in modo efficace questa opposizione, sono, da un lato, la comunione di diritti sulla stessa cosa nelle sue svariatissime e quasi infinite forme, dall'altro lato i rapporti di vicinanza. Le relazioni intercedenti tra più dominî distinti che vanno sotto il nome di rapporti di vicinanza, dati i contatti intensi e frequenti della civiltà moderna, hanno dato svolgimento a tutta una letteratura, i cui risul-

(*) Dal *Foro ital.*, vol. XXXIX, I, pag. 763 e seg., 1914. — Nota alla sentenza della Corte d'appello di Genova, 9 gennaio 1914; pres. Natellis, est. Campora (Bianchetti c. Bonino), la cui massima è la seguente: « Se un condomino di un corso d'acqua, che per convenzione venga goduta a turno, non se ne serva quando gli spetta, non può impedire che ne profittino gli altri condomini ».

tati si riassumono in una ricca serie di formule, che dovrebbero esprimere la disciplina di quelle relazioni e i limiti da fissare all'esercizio di ciascun diritto nel conflitto col diritto parallelo del vicino; ma nessuna di quelle formule ha avuto un dominio pacifico e sicuro, nessuna, non escluse le più celebrate, può soddisfare lo spirito logico di chi vi fermi un poco l'attenzione e vi eserciti la riflessione. Sicchè negli ultimi tempi è sôrta una scuola che, abbandonando i confini della logica, concede al giudice libera facoltà di stabilire caso per caso limiti *extra legem*, di aggiungere quasi nuove servitù legali a quelle riconosciute dal Codice.

Io ho tentato di dimostrare in varî scritti e note di giurisprudenza che il vero confine logico in ordine ai rapporti di vicinanza è il confine estremo di qualunque diritto: la *necessità* generale della coesistenza, la quale impone di tollerare ciò che è conseguenza di essa, anche se l'immissione o l'influenza riesca molesta oltre la media misura, mentre d'altra parte anche un'immissione non eccessivamente molesta non è debito il tollerarla, quando non sia il portato di quella necessità. Ma tutte le formule che io respingo nel campo dei rapporti di vicinanza sono precisamente al loro posto nella comunione dei diritti, in questa ben diversa figura di conflitto dei diritti: e forse nulla meglio dimostra l'erroneità di quei concetti in quel campo e l'inutile battaglia per cacciarsi di seggio l'un l'altro, quanto la pacifica, logica, generale applicazione loro in quello che è veramente il loro naturale territorio, dove secondo i casi anche le più dannate formule sono al posto. L'utilità come limite all'esercizio del diritto e la correlativa negazione del diritto, quando esso non è più utile (cioè la formulazione obbiettiva degli atti di emulazione), la celebrata formula iheringhiana dell'uso normale, l'abuso del diritto, il criterio della preoccupazione o prevenzione, sono tutti concetti, criteri perfettamente adeguati là dove si tratta di risolvere il conflitto tra più diritti sullo stesso oggetto,

quanto sono fuori di luogo ove si tratta di stabilire i confini tra due sfere di diritti e di oggetti; e sono, ripeto, al loro posto in pacifica armonia. L'obbligazione legale tra proprietari e proprietari, il quasi contratto che lega gli uni e gli altri sono un sogno nel tema dei rapporti di vicinanza (salvo, s'intende, gli obblighi sanciti espressamente dal Codice o le obbligazioni extragiuridiche, che hanno fondamento e sanzione nelle norme della socievolezza e della morale), ma sono una realtà giuridica nei rapporti di comunione.

Le leggi romane invocate nel tema dei rapporti di vicinanza, esprimenti veramente l'una o l'altra di quelle formule, erano relative ai nostri rapporti di comunione. Così è della legge di Paolo, invocata per l'uso normale o l'abuso del diritto, giusta la quale si può tenere un bagno lungo la parete *comune*, ma non si può farne un tal uso che la parete comune « *adsiduum umorem habeat et id noceat vicino* » (L. 19 pr., D., 8, 2). Così è della legge di Ulpiano, che nel tema dell'uso della cosa pubblica porge una così larga definizione del danno, che par corrispondere alle aberrazioni del Codice svizzero, e presenta alcune decisioni atte a soddisfare i più strenui fautori della socialità nei rapporti tra vicini (L. 2, § 11, D., 43, 8: Ulpianus *libro sexagensimo octavo ad edictum*: « *Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, qualequale sit.* — § 12: *Proinde si cui prospectus, si cui aditus sit deterior aut angustior, interdicto opus est.* — § 14: *Plane si aedificium hoc effecerit, ut minus luminis insula tua habeat, interdictum hoc competit* »). In realtà questa definizione, che sembra così aberrante, del danno, nulla ha di strano quando si tenga presente che sulle cose pubbliche ciascuno ha diritto e il danno che alcuno riceve per l'uso eccessivo della cosa pubblica da parte di altri è pertanto una violazione del suo diritto. Legittimo è il criterio della prevenzione: chi fabbrica sul suolo pubblico (nel diritto romano non è nemmeno necessario il permesso specifico

dell'autorità) è nel suo diritto di farlo, ma d'altra parte chi riceve danno perchè l'accesso alla sua abitazione sia reso più incomodo o più angusto, o perchè la sua casa riceva minor luce, è nel suo diritto di querelarsi.

Quando il nostro Codice all'art. 675 impone a ciascun condomino l'obbligo di impiegare le cose comuni secondo la destinazione fissata dall'uso, di non servirsene contro gli interessi dei proprî condomini o in modo da impedire ai proprî condomini l'esercizio del loro diritto (norme che su per giù corrispondono ad altrettante formule abusate nel tema dei rapporti di vicinanza), quando il diritto romano accorda a ciascun condomino il *ius prohibendi* contro ogni atto abnorme o lesivo del diritto del proprio condomino, le due legislazioni non pongono principî generali (come forse la Corte di Genova ha vagamente inteso nelle massime che essa richiama), ma principî che hanno il loro valore nell'ipotesi di concorrenza di più diritti sulla stessa cosa.

Messa così nel vero terreno la questione presente, resta spianata la via per l'interpretazione della convenzione stretta tra le parti. Due condomini nel godimento dell'acqua hanno pattuito un turno tra di loro. Il turno è l'uno dei sistemi con cui nel diritto romano si soleva non di rado regolare il godimento tra condomini (L. 23, D. *comm. div.*, 10, 3; L. 35, § 1, D. *loc. cond.*, 39, 2: *alternis annis*), è l'uno dei sistemi con cui veniva regolata la comunione di diritti più originale che il diritto romano riconoscesse, cioè la comunione di sovranità secondo l'istituto della collegialità. Ora, che cosa avverrà se, stretta la convenzione, l'uno dei titolari resti inerte e lasci la cosa nel periodo del suo turno in abbandono? Nel campo del diritto pubblico romano il punto non era e non poteva esser menomamente dubbio: cogli interessi dello Stato non si fa celia. Se, stabilito il turno tra due consoli, l'uno di essi nel mese, ad esempio, del suo governo, nel mese in cui ha diritto di incedere coi fasci, si chiude in casa e non governa (o anche legittimamente si assenta ed è quindi impedito di governare), l'altro

console, nonostante il turno, prende lui le redini dello Stato. L'esempio più celebre è quello del console Bibulo, il famoso e famigerato collega di Cesare, la cui clausura volontaria e l'astensione governativa lasciano il campo libero all'attività di quest'ultimo: *Julio et Caesare consulibus*, dicevano i maligni. L'interpretazione costituzionale andava qualche volta persino troppo oltre; e il console che non compie un atto, che a lui non piaccia di compiere, in gravi emergenze è dichiarato un console « che lascia lo Stato in abbandono » e dà ragione ad altri di sostituirsi in sua vece: l'esempio celebre in proposito è quello del console e giurista Publio Mucio Scevola di fronte alla presommossa di Tiberio Gracco.

Ma siffatti paralleli desunti dal diritto pubblico non si potrebbero trasportare con persuasiva efficacia nel campo del diritto privato. Si può non soltanto ripetere che nel diritto pubblico l'interesse dello Stato è in giuoco, ma rilevare altresì che il potere di cui un funzionario è investito non è tanto un diritto suo, quanto un dovere e una funzione gerita per un interesse estraneo a chi ne è investito e il più alto possibile: il bene dell'intera collettività. Il titolare pattuisce su cosa non sua, e l'inerzia del collega, cui ha permesso la gestione esclusiva in un dato periodo, non lo esime da ogni responsabilità. Solo nel territorio ambiguo del diritto di famiglia si ha un rapporto perfettamente parallelo nella contutela. Nondimeno questi richiami non sono interamente un fuor d'opera. Essi rivelano pur sempre che lo scopo di queste convenzioni non può esser l'inerzia del diritto, l'abbandono del godimento: che esse non hanno un carattere negativo, respingere l'esercizio del diritto altrui, come accadrebbe precisamente nel tema dei rapporti di vicinanza, bensì un carattere positivo: permettere che ciascuno usi del suo diritto. La convenzione rappresenta un regolamento limite, non un regolamento attributivo di diritti. Presupposto e ragione del patto non è la rinuncia reciproca, ma la conciliazione reciproca dei con-

domini nel godimento effettivo. A rigore ciascuno ha diritto all'intero esercizio: se il limite non funziona, risorge, come giustamente osserva la Corte, il diritto del condomino di servirsi dell'acqua. Ma, com'è chiaro, ciò che serve di ispirazione e di base alla decisione è la configurazione speciale dell'ipotesi, per la quale, al disopra e al di fuori di qualunque convenzione, ciascuno dei titolari ha sulla cosa un pari diritto.

XXXIII.

Rapporto tra la comunione e la società (*).

La sentenza della Corte di Genova 27 marzo 1916 stabilisce il principio assai dubbio che il patto di rimanere in comunione sia pienamente valido, anche se il termine è concepito in relazione a un avvenimento futuro e indeterminato, come l'esaurimento di una cava, e che il periodo di tempo così stabilito si debba intendere come un tempo determinato. In realtà il tempo determinato, di cui all'articolo 681, capov. 2°, non può essere che il *certum tempus*, cioè il tempo che si chiude a una data fissa: la dizione del Codice (non maggiore di anni 10) mette in chiaro che il legislatore ha in mente un termine a data fissa. Non vogliamo dire con questo che l'apposizione di un termine incerto sia assolutamente invalida. No: si tratta di indagare la volontà delle parti e di ridurre il patto nella misura dalla legge tollerata. Il termine può essere valido, ma non potrà mai oltrepassare, come pare che ritenga la sentenza, la durata massima di anni 10; in ogni caso si deve indagare la volontà delle parti e l'interesse della comunione, giacchè può ben essere che, ridotto il termine entro i limiti legali, non sia nè confacente agli interessi della comunione, nè conforme alla volontà delle parti mantenere il patto di indivisione. In questo senso è in fondo anche la dottrina

(*) Dalla *Riv. del dir. comm.*, vol. XV, II, pag. 74, 1917. — Nota alla sentenza della Corte d'appello di Genova, 27 marzo 1916; presid. ed est. Tortora (Dell'Amico c. Dell'Amico). — La massima è la seguente: « Acquistata in comunione una cava per escavarla nel comune interesse fino al suo esaurimento, non può chiedersi lo scioglimento della comunione prima che tale esaurimento siasi verificato ».

(Cfr. per tutti Bianchi, *Corso di dir. civ.*, vol. IX, parte 3ª, n. 91, pag. 1078 e 1079).

Piuttosto si può istituire un'altra ricerca, che la sentenza a torto dichiara vana, cioè se le parti abbiano inteso o meno di creare una società.

La sentenza ripete la massima di Gaio nella L. 2, D. *comm. div.*, 10, 3: « nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit; » ma questa massima è relativa all'esperimento dell'*actio communi dividundo*, la quale, com'è naturale, è indipendente dall'essere o non esser costituito un vero contratto di società tra condomini. Ora i condomini della cava di marmi all'art. 5 del rogito avevano appunto stabilito che la cava acquistata in comune dovesse esser lavorata socialmente fino al completo esaurimento.

Non si tratta quindi di invocare l'art. 681, bensì l'articolo 1708 del contratto di società, o, meglio ancora, gli art. 1829, comma 1°, e 1733, da cui emerge che è vietata la denuncia della società per parte di uno dei soci, quando sia stato stabilito un termine.

La sola discussione che può farsi è se i principî della società possano indurre eccezioni, che sarebbero nuove e più larghe di quella sancita dall'art. 681, capov. 2°, alla regola della nullità del patto d'indivisione della cosa comune. Ora a tal uopo non è inopportuno esaminare le fonti e il valore di questa regola. Che essa appartenga ai giureconsulti classici è assai dubbio. La L. 14, § 2, D., 10, 3, riportata nella nostra sentenza, è di pretta fattura bizantina, ed è la sola che enunci in modo aperto e reciso il divieto del patto di indivisione. Le altre leggi invocate all'uopo, come la L. 26, § 4, D. *de cond. ind.*, 12, 6, ove è detto in via incidentale *nemo invitus compellitur ad communionem*, la L. 5, Cod. *comm. div.*, 3, 37, ove è enunciato il principio *in communionem vel societatem nemo compellitur detineri*, non fanno che ribadire il principio della libertà dei condomini sia nello stabilire, sia nello sciogliere la comunione; ma non

ci dicono nulla se a questa libertà si possa per patto rinunciare. Questa rigida protezione legale dell'individuo contro se stesso non è forse conforme allo spirito genuino del diritto romano. Ciò non vuol dire probabilmente che si potesse stabilire una società o una comunione perpetua. Per vero noi abbiamo nel celebre antiquario latino Aulo Gellio il ricordo di una *societas inseparabilis* costituita dell'*antiquum consortium quod iure atque verbo romano appellabatur ercto non cito*, ma lo stesso Aulo Gellio fa menzione di questo oscuro istituto come di cosa di altri tempi. Nel diritto classico il principio formulato da Paolo nella L. 70, D., 17, 2, è il seguente: *nulla societatis in aeternum coitio est*, e lo stesso si può ripetere per il condominio. Se non che questa stessa massima non è da intendere nel senso che sia illecito il patto assoluto, senza termine, *ne societate abeatur*, bensì nel senso che contratta in perpetuo si può sempre rinunciare alla società in base a una *iusta causa*. Ma una simile rinuncia in base ad una *iusta causa* è egualmente lecita anche di fronte al patto di rimanere in società per un tempo determinato. Le società tra i privati e le alleanze tra i popoli si sciolgono quando uno dei soci vede infranta dall'altro una condizione del patto ovvero il socio si comporti in modo talmente scellerato, che non convenga star più con lui. Merita di esser riferito il frammento luminoso, nel quale i giureconsulti Ulpiano e Pomponio enunciano questi principî: « si hoc convenit ne (societate) abeatur, an valeat? eleganter Pomponius scripsit frustra hoc convenire; nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio, nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia *condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur:* aut quid si ita *iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati?* ». Un romanista tedesco il Beseler (*Beiträge zur Kritik*, ecc., Tübingen 1913, I, pag. 65) ritiene

per vero l'ultima parte del testo (*aut quid si ita iniuriosus et damnosus socius sit*, ecc.), cui la risposta affermativa è implicita, come interpolata dai compilatori giustinianei: in tal caso però non si farebbe che riportare al legislatore Giustiniano il vanto di questo motivo altamente morale, dominante i rapporti privati di società e i rapporti internazionali corrispondenti, per i quali, conforme al parallelismo costante del diritto pubblico e privato di Roma, valeva una designazione unica: *societas*.

Noi possiamo supporre che nel diritto classico principî simili fossero stabiliti anche in ordine al condominio. La legge 16, § 1, D., 17, 2, non solo riconosce in modo assoluto la validità del patto di non dividere (la restrizione *intra certum tempus* conviene sottintenderla con un certo sforzo nel diritto giustinianeo), ma soggiunge che colui il quale così ha pattuito non può nemmeno vendere la cosa al fine di non menare per via indiretta allo stesso effetto: *ne alia ratione efficiat ut dividatur*. Questo frammento di Ulpiano per vero si chiude con un'appendice (*sed sane potest dici venditionem quidem*, ecc.) che è poco in armonia con la premessa dichiarazione d'invalidità della vendita, la quale è altresì in aperto contrasto con la L. 14, § 3, D. *comm. div.*, 10, 3, di Paolo (*quin vendere liceat..... non est dubium*, ecc.). Ma l'appendice contraddittoria del testo di Ulpiano e il contrasto del testo di Paolo con la premessa del medesimo testo di Ulpiano io credo che procedano da interpolazioni dei compilatori.

Ad ogni modo il frammento di Ulpiano anche in tema di comunione pone la riserva della *iusta ratio* (« nisi aliqua iusta ratio intercedat ») e null'altro di fronte al patto di indivisione perpetua.

Il divieto del patto di indivisione è adunque un divieto, il quale ha stabilito tra la società e il condominio una disparità, che non è probabilmente classica e non deriva punto dai principî supremi di diritto o dalle norme fondamentali dell'istituto.

Essa si deve rispettare, ma non è detto che le eccezioni sieno unicamente quelle scritte nel capoverso dello stesso art. 681. Già un'altra eccezione indirettamente è stabilita nell'art. 894, capov., e dà facoltà al testatore di proibire la divisione dell'eredità per un termine che può esser superiore ai dieci anni.

Ma una nuova eccezione viene pure ad esser stabilita dalla conclusione di una società tra i condomini per lo sfruttamento della cosa comune. Più che di un'eccezione, si tratta di una ripercussione logica delle regole di un altro rapporto, le quali vengono a limitare naturalmente l'efficacia del principio sancito in tema di condominio, e il *nihil autem interest* se la comunione sia accompagnata più o meno da società è una massima che, fuori dell'*actio communi dividundo*, si deve per la valutazione dei rapporti tra condomini mutare precisamente nella massima contraria: *multum interest*, di stabilire se l'insieme dei condomini costituisca o meno una società.

XXXIV.

Il punto di partenza nella teoria romana del possesso (*).

1. L'unico punto pacifico nella travagliata teoria della *possessio* romana è il seguente: il possesso è costruito sulla detenzione, che rappresenta il senso della parola ed il nocciolo dell'istituto. È il solo punto in cui sono concordi il Savigny ed il Jhering. Per l'uno « la detenzione è la base della nozione del possesso, il punto di partenza di ogni indagine sul tema ». Per l'altro, « le due parole, la tedesca *Besitz* e la latina, che le corrisponde, *possessio*, designano ugualmente il possesso naturale ed il possesso giuridico, ond'è che quando si vogliono adoperare nell'un senso o nell'altro *abbisognano all'uopo di un'apposizione* ». Si insiste generalmente sul « concetto assai concreto », il *sedere*, il *convexum instrumentum sedendi*, su cui la lingua tedesca e la latina hanno costruito la parola. Una etimologia romana, da Paolo riferita a Labeone (*possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt*), ha incontrato — è quasi l'unico esempio nelle etimologie degli antichi — una fortuna meravigliosa presso i moderni: il fondatore della linguistica, Giacomo Grimm, in una dis-

(*) Dagli *Studi senesi* in onore di Luigi Moriani, vol. I, pag. 169-183 1906. — Aggiungo in questa ristampa, obbedendo al desiderio di un mio amico, la citazione dei testi letterari. La espressione di questo desiderio da parte di un seguace di teorie artificiose dell'*animus possidendi*, che assottigliano il concetto per ricomprendere nella *possessio* normale i possessi anomali, mostra, a dire il vero, quanto le abitudini di pensiero e il linguaggio moderno esercitino il loro impero nella mente dei più acuti interpreti.

sertazione sulla parola, pubblicata nel giubileo dottorale del Savigny, e tutti i glottologi moderni (1) adottano in sostanza l'etimologia romana: la parte essenziale sarebbe un mero prefisso (*port*, *porti*, umbr. *pur*, gr. *πρός*, *προτί*), quale si ritrova in *polliceor*, *pollingo*, *pono* (da *po* — *sino*), *polluo*, *portendo*, *porrigo*, ecc., suffisso perfettamente rispondente al *be* o *bei* della parola tedesca.

Questo punto di partenza io credo errato.

2. I giureconsulti romani dichiarano le mille volte con una parola sola chi ha il possesso e chi no, pur essendo in rapporto di detenzione con la cosa: l'uno *possidet*, l'altro *non possidet*, *est in possessione*, *est in fundo*, *detinet* e simili. È un uso tecnico dei giuristi o l'uso di tutti? È la coscienza dell'istituto, la cognizione dei suoi effetti che li guida, ovvero la coscienza del popolo? Trattandosi della giurisprudenza romana v'è una pregiudiziale da opporre. Il diritto romano, dagli albori della sua storia (lasciando da parte la preistoria) sino al suo pieno rigoglio, si svolge entro il popolo romano senza subire imposizioni e sovrapposizioni: il suo linguaggio è il linguaggio dell'antico piccolo popolo del Lazio, territorio di gran lunga più limitato che non quello dell'odierna provincia: se il giurista parla di dolo e di mora, ne parla anche il poeta per le insidie del Dio dell'amore o la pigra tardanza, la *segnis mora* che fa fuggire le occasioni, ne parla anche lo storico per le arti scaltrite di Annibale o gli indugi all'azione campale; il commodato, la fideiussione, la cauzione, la ratifica, l'evizione, la novazione, termini oggi misteriosi a un profano, erano d'uso in antico fuori del diritto e non per immagine desunta dal diritto: *tua enim cautio nostra cautio est*, dice Cicerone a Cesare nel suo breve periodo d'amore (nè cre-

(1) Cfr. una serie di articoli e note nella Kuhn's, *Zeitschrift für vergleichende Sprachforschung*, vol. II, III, V, XIV, XVI (Ebel, Kuhn, Schweizer, Zeyss), ecc. e i dizionari etimologici del Vaniceck e del Bréal.

deva di dire la pura verità) e un personaggio di Terenzio dice che la sua *cautio* è che non si guastino i pesci; il prestar l'opera propria o prestare l'orecchio si traduce *commodare operam*, *aurem* e Cicerone discorre pure di beni che la virtù ci dona e di altri *quae a fortuna commodata esse videntur*. *Novatur* la battaglia o la speranza non meno che l'obbligazione, *evincitur* il dolore o il proprio fine, non meno che la propria cosa, e Orazio dice del platano ch'esso *evincit ulmos*. Possiamo noi dire altrettanto della giurisprudenza moderna di tutti i paesi di Europa, non esclusa la stessa Inghilterra? Il nostro linguaggio giuridico è in gran parte latino senza eco nella lingua comune o con una risonanza che può più facilmente trarre in errore che guidare, e in parte non ispregevole è assolutamente straniero; e, dico, nella stessa Inghilterra dove sono in folla i termini franco-normanni. — Noi dobbiamo quindi andar cauti nell'attribuire ai Romani le nostre divergenze tra il linguaggio giuridico e il linguaggio volgare, i preconcetti odierni circa le forme tecniche del diritto. La precisione dei giuristi romani in questo riguardo si vuole più attribuire a merito di quello svolgimento organico e nazionale che non a un genio innato e sicuro di quei grandi maestri.

Il legislatore moderno non ha spesso la precisione, o, meglio, il tecnicismo della giurisprudenza, ma il legislatore romano non erra mai nell'uso della parola *possidere*, distingue nettamente la *custodia rerum* o l'*in possessione esse* dal *possidere*. Così nella *cautio damni infecti* il pretore concede col primo decreto l'*in possessione esse*, col secondo il *possidere*: « *cum iusta causa esse videbitur*, ETIAM POSSIDERE *iubebo* ». Così non parla se non chi col termine *possidere* sa di significare uno stato superiore, che *non abbisogna di attributi o di apposizioni*, che si distingue nettamente nella coscienza di tutti dallo stato precedente di detenzione e di custodia.

Qual è questo stato superiore? Io credo che la parola *possessio* nel passaggio dalla lingua romana alle lingue

romanze abbia subìto un'alterazione analoga a quella che si è verificata nella parola *fides*. Il concetto non è radicalmente mutato, ma se ne è smarrita la forza; si è diluito, per così dire, il sapore deciso in un senso vago ed oscillante. *Serbar fede* mantiene il senso antico, *prestar fede* ha un un senso nuovo che designa un rapporto diverso, anzi dal lato personale inverso. Similmente noi chiamiamo nell'uso possesso il rapporto di dominazione del proprietario, anzi possessore è anche oggidì forse il termine più in uso volgarmente a significare il proprietario. Come pei Romani così per noi grandi possessi e grandi possessori significano i latifondi e i latifondisti. Se non che da noi si usa con la stessa disinvoltura la parola *possesso* a significare la detenzione del fittaiuolo, del commodatario, del depositario, nonchè dell'usufruttuario. Gli uomini romani non credo potessero trascorrere a questi usi. Non era il diritto che li ammoniva, era la lingua.

3. La traduzione di *possessio* con *possesso* io la ritengo inesatta all'incirca come la traduzione di *fides* in tedesco con la parola *Glaube* anzichè *Treue*. Il termine che più risponde, per mio avviso, all'antico è signoria, dominazione. Fuori del diritto, dove la tradizione romanistica e l'automatismo della versione ci travia, tale senso è limpido e netto, e la traduzione, se vuole essere intelligibile, deve schivare la parola *possesso*. Tu domini l'uomo, ne fai quel che vuoi, *totum hominem possides*: tu domini il pretore A, il tribuno B, sei padrone dei giudici o dei tribunali, *totam eius praeturam*, *totum eius tribunatum possides*; *iudices* o *iudicia possides* (1). Tenere o perdere o ricuperare il dominio, la signoria di una regione, di una provincia, di una città, non si esprime mai altrimenti dallo storico se non con le locuzioni *Achaiam*, *Asiam*, *Gallias*, *Numidiam*, *terras*, *insulas*, *urbem* o *urbes*, *civitatem possidere* ovvero *amittere*

(1) Cic., *De or.*, II, 49, 200; Quint., *Inst. or.*, VI, 1, 52, ecc.

o *recuperare Hispaniae*, *Siciliae possessionem*, *Macedoniae* o *civitatis possessione pelli* (1), etc.: persino un popolo si possiede: *Parthos possidere*, dice Pompeo Trogo della serie dei diadochi, cui obbedirono i Parti fino ad Antioco (2). L'antico impero dei Troiani sulla regione dell'Ellesponto è ricordato dal geografo Pomponio Mela colla frase *Troianis possidentibus* (3). Alessandro, signore del mondo, è *orbis possessor*, Cesare, *totum orbem possidet:* e così regolarmente si dice del popolo romano (4). Aureliano è detto egualmente « *totius Orientis possessor* » e « *totius Orientis imperator* » (5). *Ab Oenotriis possessa Italia*, dice Plinio; non sarà meglio volgere « dominata » che non « posseduta » ? Sono frasi di prammatica *regni possessio*, *regnum possidere* (6) per insi-

---

(1) Sall., *Iug.*, 16, 5; 18, 11; 18, 12; 48, 3; Cic., *Ad Att.*, II, 4, 5; Vell. Pat., *Hist.*, II, 38, 4; II, 28, 5; Lucani, *Phars.*, II, 658-659; Curt. Ruf., *Hist. Al.*, VIII, 20; *Mon. Ancyr. Res gestae divi Aug.*, c. 27, lin. 33. — Pomp. Mela, *Chor.*, *passim* (è la voce di rito per indicare i vecchi e nuovi dominatori di un paese); Liv., 25, 28; 26, 41; 33, 18; 33, 19; 33, 40; 34, 58; 34, 62; 36, 32; 37, 35; 37, 53; 38, 16; 38, 34; 38, 59; 42, 52; Val. Max., 4, 8, 4; Sil. It., *Pun.*, 15, 700; 16, 647. Similmente anche negli scrittori più tardi, *Scriptores Historiae Augustae*, Giustino, ecc. — Testi caratteristici per le città: Ov., *Fast.*, IV, 421; Liv., *Hist.*, III, 10; 31, 31; 32, 33; 33, 39; 39, 24; 39, 25; Luc., *Phars.*, II, 610; VII, 710; Sil. It., *Pun.*, XIII, 46.

(2) Iustini, *Ep. Pompei Trogi*, 41, 1, 3.

(3) Pomp. Mela, *Chor.*, I, 2, 14.

(4) Val. Max., IV, 1, 10; VIII, 14, 1; Sen., *De ben.*, V, 4, 4; *Dial.* (*De cons.*), XI, 7, 3; Luc., *Phars.*, I, 110; III, 419-420; Flori, *Ep.*, II, 1; III, 13; Iust., *Ep. Trogi*, XI, 11, 10; Orosii, *Hist.*, III, 23, 61; Macr., *Sat.*, I, 7, 19; Dracontii, *Carm.*, 196 (Poetae lat. min. V, 167); Lact., *Inst. div.*, VI, 9, 4 (ispirato a Cic., *De rep.*, III, 12, 20 lacunoso: altrove lo stesso Lattanzio, V, 16, 4, usa *potiri*).

(5) Flav. Vop., *Aur.*, 28, 4 (in *Scr. hist. Aug.*, II).

(6) Ter., *Adelphi*, 175-176 (II, 20-21); Caes., *De b. al.*, 34, 1; Ov., *Fast.*, III, 631; *Ep. her.*, 11, 16; Liv., *Hist.*, 1, 46; 29, 32; 33, 21; 33, 41; 35, 16; 40, 56; 41, 19; 42, 25; 42, 50; Sil. It., 16, 152; Iustini, *Ep. Pomp. Trogi*, 2, 6, 15; 30, 2, 4; 38, 7, 10; 39, 5, 1; Amm. Marc., 23, 6, 22. In senso attivo, cioè per noi ancora più intraducibile nella stessa sua forma, Marziale (*Ep.*, 9, 101, 13) dice, con adulazione bugiarda, ma particolarmente cara all'imperatore, che Domiziano ha liberato Roma dalla *possessio mali regni*, cioè dalla dominazione di un malvagio principe qual era Vitellio.

gnorirsi di un reame o semplicemente regnare (forse ne primo caso da *possido*), e ripetutamente Ovidio in bocca a Fedra o in bocca a Dedalo esalta Minosse « possessore della terra e del mare », (1) ma, soggiunge Dedalo, « *Omnia possideat, non possidet aëra Minos* » (2). Il signore dell'Olimpo dice de' suoi due colleghi « *possidet alter aer, alter inane caos* » (3) e, quel ch'è più, *possessor pelagi* (4) chiama Silio Italico il Romano, dopo la vittoria su Cartagine, cioè signore del mare e padrone delle acque, secondo una frase tristemente celebre: del resto in Livio tornano le frasi *tota maris possessione pelli, totamque maris possessionem eripere, adimere* (5); il dominio del mare evidentemente. Druidi e Magi *Gallias possident:* si dirà mai che possiedon le Gallie? Certo l'*Italici litoris possessor Aquilo* di Petronio non può esser se non « il vento che domina sulle spiaggie d'Italia », a voler parlare in lingua italiana, e analogamente si dovrà volgere in lingua italiana il *mare possidet Auster* di Lucano (6). L'applicazione della *possessio* ad oggetti come l'*aër*, il *mare*, il *litus*, *res communes* o *publicae*, da cui propriamente esula non solo ogni idea di possesso, nel senso materialistico, ma lo stesso concetto del *dominium* nel senso patrimoniale, mostra quanto nella *possessio* romana sia impresso il significato di una dominazione spirituale e signorile. *Pluto regni possessor inertis* (7) di Lucano è il nostro « signore del regno della morte ». *De Italiae possessione certatur*, si dice (8); *de quorum urbis possessione inter Deos certamen fuisse traditur*, dice Cicerone: non diremmo noi che la lotta è pel dominio dell'Italia e che Nettuno e Minerva lottarono per la signoria di Atene?

---

(1) Cfr., per es., Ov., *Ars am.*, II, 35.
(2) Ov., *Met.*, VIII, 187.
(3) Ov., *Fast.*, IV, 160.
(4) Sil. It., VII, 687.
(5) Liv., *Hist.*, 26, 39; 37, 8; 37, 26.
(6) Petr., *Sat.*, 114, 3; Luc., *Phars.*, II, 454.
(7) Luc., 6, 799.
(8) Quint., *Decl.*, III, 13.

Il Dio tutelare della città è per noi il signore, il patrono, come è per Omero l'ἄναξ: del resto « lottare per la signoria d'una città », per es. tra famiglie nobili o capiparte, è di prammatica *dimicare de possessione urbis*. La schiava, che *animum domini possidet* (1), più ancora la *pellex domum possidens*, con cui Egisto rompe gli indugi di Clitennestra, mettendole innanzi la immagine della figlia di Priamo padrona in casa degli Atridi, non si rende naturalmente, necessariamente coi termini esprimenti la signoria? *In possessionem rei publicae venire*, *rem publicam*, *forum possidere*, dicono i Romani: come tradurre altrimenti, a non voler cadere nello sforzato o, peggio, nell'equivoco, se non « farsi o essere signore dello Stato, dominare il foro » (2)? Anche negli usi astratti il dominio della scienza, dell'arte, la padronanza di una data disciplina sono pei Romani la *possessio doctrinarum*, *artium*, *disciplinae*, *rerum naturae*, e simili: col linguaggio della *possessio* è espresso il dominio delle passioni (*ira*, *luxuria*, *ambitio*, *livor*, *adfectus*, *vitia*). *Gallias possedit*, dice Plinio dell'uso barbaro dei sacrifici umani che regnò o dominò in Gallia sino ai tempi di Tiberio (3).

Un'immagine caratteristica è quella del mostro ovidiano che *latum pectore possidet aequor* (4): non credo certo che sia possibile tradurre che possiede il mare. — Di uno dei tutori di Geronimo, che aveva usurpato la signoria di Siracusa, dopo l'uccisione del giovane re, dice Livio: *quae procurator tenuerat*, *pro domino possedit* (5). Pare, anzi è certo un'immagine giuridica proseguita con precisione di linguaggio: ma quale storico moderno potrebbe giovarsi con efficacia di questa antitesi, pur non rara negli storici romani, tra il *tenere* e il *possidere*?

---

(1) Sen., *Oct.*, 194.
(2) Cic., *Ep. ad Att.*, VII, 8, 5; Liv., III, 14; IV, 6.
(3) Plin., *Nat. hist.*, XXX, 1, 13.
(4) Ov., *Met.*, IV, 690.
(5) Liv., *Hist.*, 24, 27.

Sarà anche, se vuolsi, un'immagine giuridica, allorchè Livio dice di Annibale fuggente i lidi d'Italia *vacuam possessionem Italiae reliquisse populo romano*, ma forse, abbandonando la preoccupazione della terminologia romanistica del possesso, si traduce meglio lasciar libero il dominio, libera la signoria dell'Italia al popolo romano. Ed è modo di dire abbastanza frequente: così il partito antiromano spera *Antiochum in vacuam Europae possessionem venturum* (1), e tornano le stesse espressioni in Cesare: *vacuam possessionem regni sperare, liberam possessionem Galliae tradere.* La terminologia del possesso giuridico s'insinua là dove noi non la trasporteremmo volentieri: Filippo dichiara di non voler recedere dalla signoria, di non rinunciare alla dominazione legittima delle città di suo antico retaggio: *quae sibi traditae a maioribus essent, earum hereditaria ac iusta possessione non excessurum* (2). Caratteristico è lo scambio del *dominari* col *possidere*, sebbene il *possidere* di gran lunga prevalga. Io non pretendo che in tutti gli esempi (che potrei agevolmente moltiplicare) non si possa anche tradurre con possesso: *possesso*, io dissi, come *fede*, non ha smarrito interamente l'antico significato (3); anche noi diciamo egualmente esser posseduti o esser dominati dalle passioni,

---

(1) Liv., *Hist.*, 35, 12.

(2) Liv., *Hist.*, 32, 10. — Potrei anche soggiungere che nello stesso contesto si scambia talora *possidere* con *dominari*, *possessio* con *potestas*: inoltre il verbo *possido*, esprimente l'inizio della *possessio*, equivale a *potiri*, nè si può giammai volgere altrimenti che colle parole *insignorirsi*, *occupare*, con parole, insomma, che rilevino, più che la mera apprensione, l'intenzione signorile.

(3) Specialmente, come *fede*, nella lingua letteraria e poetica.

Una feroce
Forza il mondo *possiede* e fa nomarsi
Dritto.

Io non so se Manzoni avrebbe così scritto dopo la sua conversione all'uso vivo: certo la veste poetica avrebbe scapitato in bellezza, ma la frase guadagnato in chiarezza, se quel verso, che dà una così poco lusinghiera definizione del diritto, fosse stato formulato: « Una feroec — Forza *domina* il mondo e fa nomarsi — Dritto ».

chiamiamo possedimenti le colonie e i territorî lontani. Ma certo si deve convenire che, nelle frasi più tipiche almeno, volgere *possideo* con possedere, *possido* con prender possesso rende un italiano da studente ginnasiale.

4. Quanto alla pretesa etimologia dal *convexum instrumentum sedendi*, se non fosse l'autorità dei glottologi numerosi che l'hanno sostenuta, io la giudicherei un atroce scherzo: falsa è certo la corrispondenza labeoniana con la κατοχή, che delle due voci greche è la meno adatta a rendere la romana *possessio* (1). Io non sarei alieno dal credere che nella ricerca glottologica abbia influito la suggestione del significato materiale rinforzata dall'insegnamento dei giuristi: ricordiamo che il Grimm fu allievo devoto ed amico del Savigny, cui dedicò il suo scritto sulla parola *possesso* con una lunghissima e affettuosa epistola di sapore romanistico. Se così non fosse, riterrei che i filologi non avrebbero tacitamente rigettato la derivazione, che pare assai più alla mano e meno sforzata, da *potis* o *pote sedere*, cioè dallo stesso elemento *potis* o *pote*, che si ritrova in *potestas*, *compos*, *impos*, *potiri*, nel verbo *posse* (che sarebbe una composizione perfettamente parallela), e con la stessa abbondanza (è uno dei temi più ricchi) e la stessa costanza di significato ha il suo riscontro in un'infinità di parole dalle varie lingue indo-europee, esprimenti sempre la signoria, la dominazione: sanscr. e lit. *patis* il signore, gr. Δεσπότης, πόσις, got. *faths* signore, ant. sl. *gospoda*, ecc.; persino la parola *ipse* nella quale il suono è così trasformato è « una lontana eco di questo senso primitivo di *potis* » (2). Questa etimologia non ha nessuna autorità glottologica per sè: essa è indicata solo, per quanto io sappia,

(1) [Credo ora coll'Albertario (vedi lo scritto seguente *Possessio civilis*, etc.) interpolata nel testo di Paolo-Labeone (L. 1 pr., D., 41, 2) questa versione greca della parola].

(2) Così Schmidt nella Kuhn's, *Zeitschrift*, vol. XIX, pag. 208, 1870. Si ha pure *compote factus* (in una iscrizione), fatto signore.

nell'antico lessico del Forcellini e nell'odierno dizionario del Georges. Ho voluto indagare dai maestri della scienza la ragione di questo abbandono.

Il mio collega prof. Guarnerio m'informa che « morfologicamente e foneticamente l'etimologia da *potis esse* non è certo meno probabile della comune e del resto, qualunque sia l'etimologia, il popolo poteva benissimo sentire e fare, pronunciando il *pos*, il riavvicinamento col tema indicante la signoria ». Graziadio Ascoli mi dichiara: « L'etimologia dominante non è più negli autori moderni così unanimemente accettata: vi ha chi la enuncia dubitativamente e vi ha chi non inserisce più il *possideo* nella serie *polliceor*, *pollingo*, *portendo*, ecc. È probabile che l'etimologia da *potis sedeo* sia stata tacitamente abbandonata per la rarità dei composti di un tema nominale e un tema verbale; ma si potrebbe supporre la formazione *pote sedere* e in ultima analisi l'etimologia dominante non ha glottologicamente probabilità maggiori ».

Il prof. Sabbadini conviene che il presunto senso può aver traviato la ricerca, come talora la cognizione del valore intimo può indirizzarla; così nella parola *provincia* non è più ricevuta, pare, l'etimologia da *pro* e *vincere*; così nella parola *praestare*, un esempio luminosamente parallelo al nostro, in base agli usi caratteristici si propone oggi l'etimologia da *praes* e *sto*, cioè precisamente da un tema nominale e un tema verbale.

Se adunque l'etimologia da *potis* o *pote sedere* si può per lo meno sostenere, non sarebbe « il concetto assai concreto del sedere », umile immagine, ma il concetto astratto e la superba affermazione « io siedo signore », che rappresenta la *possessio*. Data questa etimologia, il punto di partenza della *possessio* non può essere la detenzione, e l'ambiguità dell'odierno possesso o del tedesco *Besitz* è straniera alla romana *possessio*.

5. La *possessio* è significata presso i Romani da questa parola *senza aggiunta di alcun epiteto*. La terminologia

« possesso *giuridico*, possesso *vero e proprio*, ecc. », è una esigenza del pensiero moderno. Ma nulla rivela meglio l'influenza e, direi quasi, l'ossessione che esercita negli animi il linguaggio ed il pensiero moderno, quanto la tenace ostinazione con cui si è voluto dare il senso di *possesso giuridico* alla *possessio civilis* dei Romani. È la teoria esegeticamente più disperata, perchè le fonti ci attestano che non solo il creditore pignoratizio, il precarista non possiedono *iure civili*, ma è pure attestato ripetutamente che non possiede *iure civili* il coniuge donatario (1): e nondimeno per quella suggestione è la teoria che ebbe il maggior numero di seguaci e certamente in Italia ha le maggiori autorità: cito coloro che si pronunciarono apertamente in favore, l'Alibrandi (2), il Perozzi (3), il Ferrini (4).

6. Ma istruttiva è la posizione dei bizantini di fronte alla *possessio romana*. I maestri greci sentirono di non aver nella loro lingua una parola corrispondente alla romana *possessio*; κατοχή significava il *detinere;* e allora dall'uso dei lotti assegnati nella distribuzione dei terreni trasportarono a questo significato νομή o *sors*, termine convenzionale che fuori dei giuristi non si ritrova. Ma più degno di nota è che per la prima volta fuori dell'ambiente romano spunta la terminologia di *possesso secondo la legge o le leggi*, *possesso legittimo*, *giuridico*, *legale*, *possesso propriamente detto*, e

---

(1) [I testi che riconoscono soltanto una *possessio naturalis* nei tre possessi anormali si ritengono ora e sono probabilmente interpolati (v. lo scritto seguente *Possessio civilis*, etc.): ma non si ritiene nè è certamente interpolata la dichiarazione che il coniuge donatario non possiede *iure civili* e la teoria che identifica la *possessio civilis* e il nostro possesso giuridico è pur sempre assolutamente da escludere, almeno per diritto classico].

(2) *Possesso*, pag. 43, e Opp., I, pag. 247 e seguenti.

(3) *Possesso di parti di cosa*, negli *Studi per l'VIII Centenario della Università di Bologna*, pag. 266 e seg. [E di nuovo *Istituz.*, ed. Barbèra, I, pag. 552 e 553].

(4) *Pandette*, pag. 311, 2

persino *possesso pretorio; κατὰ τὸν νόμον* o *κατὰ τοὺς νόμους νομή, ἔννομος νομή, νόμιμος νομή, νομικὴ νομή, κυρίως νομή, πραετωρίως νομὴν ἔχειν* dicono i greci (1): con questo che ai Greci non si può apporre di avere all'uopo travisato la *civilis possessio*, che essi rendono sempre con *πολιτικὴ νομή*, talora accanto alla *ἔννομος νομή*.

7. Non solo Teofilo, ma i Basilici, Stefano, l'Anonimo, il Prochiron, e finalmente il manuale di Armenopulo rendono l'*animus possidendi* o *possidentis* con la nota *ψυχὴ*

---

(1) [Bas., 15, 1, 9; sch. 24, Steph. (ad L. 9, D., 6, 1; Zach., *Suppl.*, 6 e 7; Bas., 15, 1, 9; sch. 28, Steph. (ad. L. 9, D., 6, 1; Zach., *Suppl.*, 7; Bas., 15, 1, 27, sch. 93, Steph. (ad L. 27, § 4, D., 6, 1; Zach., *Suppl.*, 19); Bas., 15, 4, 3, sch. 25, Anon. (ad L. 3, § 15, D., 10, 4; Zach., *Suppl.*, 53); Bas., 15, 4, 3, sch. 27, Steph. (ad L. 5 pr., D., 10, 4; Zach., *Suppl.*, 53); Bas., 15, 4, 5, sch. 28, Cyr. (ad L. 5 pr., § 4, D., 10, 4; Zach., *Suppl.*, 55); Bas., 16, 4, 5, sch. 17, Steph. (ad L. 4, § 3, D., 7, 4; Zach., *Suppl.*, 103); Bas., 23, 1, 43, sch. 19, Steph. (ad L. 41, D., 12, 1; Heimb., II, 6, 640); Bas., 23, 3, 38, sch. 13, Anon. (ad L. 38, § 10, D., 22, 1; Heimb., II, 715). Heimbach mal traduce in questo testo ἔννομος con *civilis*. — Bas., 50, 2, 12 (L. 13, § 12, D., 41, 2; Heimb., V, 50). Curioso ed espressivo equivoco del traduttore; la *propria possessio* c'è nel testo originale di Ulpiano, ma quivi non significa possesso in senso proprio (κυρίως, come rende il traduttore), bensì possesso in testa propria, qual è necessario per profittare dell'accessio (*accessio nemini proficit nisi ei qui ipse possedit*). — Di questi abbagli nella traduzione dei Basilici si potrebbe fare un bel florilegio, che manca nella nostra letteratura: e talvolta essi sono resi più comici dagli sforzi dello scoliaste per commentare un testo assurdo. — Bas., 50, 2, 15 (L. 16, D., 41, 2, Heimb., V, 50). Altro equivoco del traduttore; non avendo la guida della parola *civilis* (Ulpiano dice che il coniuge donatario *pro possessore possidet*), e forse anche tratto in abbaglio dalla confusa reminiscenza della questione circa il possesso del coniuge donatario, egli ha finito con negare a questo il possesso giuridico (οὐκ ἔστιν ἐννόμου νομῆς). — Bas., 50, 2, 13 (L. 13, § 13, D., 41, 2). Qui veramente ἔννομος νομή traduce il possesso giusto (non vizioso) che di solito si rende con δίκαιος. — Bas., 50, 2, 22 (L. 23, § 1, D., 41, 2; Heimb., V, 51). Si riconosce al *captivus* il possesso giuridico (νομίμως νέμονται), negandogli soltanto la possessio *corpore* (οὐχὶ σωματικῶς). Più che di un equivoco di traduzione qui si tratta di una manifestazione delle nuove tendenze per la conservazione del possesso e il suo riavvicinamento ai diritti. I testi del Digesto mantengono per vero la dottrina classica che il *captivus* perde il possesso e, come *res facti*,

δεσπόζοντος, e se con questa locuzione Cirillo rende pure l'*opinio dominii* della L. 22, D., 9, 4, di Paolo, ciò non vuol dire se non che, per uno di quegli equivoci tutt'altro che infrequenti nei Greci, egli l'intende nello stesso senso. Si è fatto un carico al Savigny di avere sfruttato questa frase pel suo *animus domini*. La ψυχὴ δεσπόζοντος, osservò primo il Böcking e dietro a lui tutta una schiera, non si traduce con *animus domini*, bensì con *animus dominantis*. Verissimo, accettiamo la correzione, tanto più di buon grado, in quanto gli è sovrattutto in un rapporto come il possesso

---

non può nemmeno recuperarlo *iure postliminii*, ma precisamente in questa legge di Giavoleno i compilatori sembrano aver insinuato il nuovo pensiero con l'interpolazione del *corporaliter*, e, come osserva il compianto Rotondi, riferendosi appunto alla versione dei Basilici (*Possessio quae animo retinetur*, capo IV, § 5, nel volume *Onoranze a Giovanni Rotondi*) « i bizantini senza tanti scrupoli mettono i puntini sugli i ». Il possesso è perduto solo *corporaliter*, ma si conserva giuridicamente in quanto si conserva *animo*. — Bas., 50, 2, 61 (L. 10, C., 7, 32; Heimb., V, 54); Bas., 50, 5, 2 (L. 2 pr., D., 41, 5; Heimb., U, 67). La *missio in possessionem custodiae causa* non attribuisce veramente la *possessio*, bensì una detenzione legittima (esse in possessione); ma è probabile che il greco, il quale abbrevia il testo e sopprime il *custodiae causa*, l'abbia creduto un caso di vera *possessio* a cagione del *ius pignoris*. — Bas., 60, 17, 7, sch. 13, Doroth. (ad L. 1, § 9, D., 43, 16; Heimb., V, 574): εἴτε ἐννόμως, εἴτε φυσικῶς, εἴτε πολιτικῶς. Heimbach traduce male questo testo e seguendo la traccia della legge del Digesto, omette, tra altro, il primo membro. — Theoph., *Paraphr.*, IV, 15, 5: τῷ νόμῳ νέμομαι. Malamente il Ferrini traduce *civiliter:* il passo corrispondente delle Istituzioni (§ 5, 1, 4, 15) parla di *possessio* pura e semplice (*ipse possidere videtur*); *Ecl. Leg. in Ep.*, VI, 11 (lo stesso equivoco che in Bas., 50, 2, 12); *Proch. auctum*, 38, 60 (il testo è notevole; la « κατὰ τοὺς νόμους νομή » è la « ψυχικὴ δεσπόζοντος κατοχή » il che è una corruzione di « ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή » ma isolando « il possesso spirituale » mostra un'oscura tendenza a scorgere il lato giuridico nella *possessio animo*, secondo l'interpretazione errata della L. 10, C., 7, 32). Nel Gloss., *ad Man. Harmenop.*, si legge κατοχὴ ἀπὸ νόμων, che è pur sempre la *possessio*. — Gli equivoci da me notati e spiegabilissimi di qualche scoliaste corroborano, non infirmano la mia tesi, onde non è esatto quanto contro la costanza di significato della terminologia da me affermata osserva il Riccobono, in *Scr. per Chironi*, pag. 402; alcuni testi, come Bas., 50, 2, 22 cit., che è la L. 23, § 1, D., 41, 2 (cfr. Riccobono, loc. cit., pag. 400) non sono rettamente interpretati. Per altre osservazioni v. lo scritto seguente].

che l'*animus* del soggetto, il quale sa di agire eventualmente contro il diritto, è rivolto più al fatto che al diritto. Ma *animus dominantis* non è che un latino moderno, il quale, dato il senso che noi attribuiamo alla parola *possessio*, corrisponde all'*animus possidentis* o *possidendi* delle fonti romane. I Greci hanno saputo rendere nella loro lingua il concetto romano con un termine adeguato.

8. Si dice pure: i Romani non hanno una parola per la sola detenzione; il Jhering e sulle sue orme anche altri vi insistono come un momento di grande rilievo. Ciò è vero quanto al sostantivo, ma di sostantivi astratti è poverissima la lingua latina e non crea che gli essenziali; quanto ai verbi e alle locuzioni verbali per significare il rapporto di detenzione vi è piuttosto abbondanza che penuria. Quel che importa del resto è che essi non abusano della parola *possessio* per significare la detenzione.

9. Se la detenzione avesse costituito il punto di partenza della *possessio*, le cose mobili, in cui la detenzione nelle sue numerose figure giuridiche ha il massimo sviluppo, rappresenterebbero il fulcro della teoria possessoria: invece tutto il regime delle *possessiones* è un regime fondiario, *possessio* per metonimia significa il fondo e la protezione del possesso concerne quasi esclusivamente i fondi: l'*interdictum unde vi* è ordinato unicamente per gli immobili e dei due *interdicta retinendae possessionis*, l'*utrubi*, che d'altra parte solo per interpretazione venne esteso a tutte le cose mobili, è certo il più recente.

10. La *possessio* è eliminata dal *ius in re* e dal rapporto obbligatorio. Perchè? Perchè l'uno e l'altro delimitano legalmente il contenuto dell'uso, escludono la dominazione piena, autonoma, senza limiti e senza termine nel godimento, e il possesso non significa il rapporto materiale con la cosa, bensì la signoria. Nelle figure, anomale, che hanno

dato tanto rovello, seguendo a ritroso l'evoluzione storica, si risale ad un'epoca, in cui nè il diritto reale, nè il vincolo obbligatorio corrompono la nozione genuina del possesso, la rendono un'applicazione singolare, come è nel diritto classico. Ciò avviene con certezza assoluta nel creditore pignoratizio e nel precarista, e il risultato si può sfruttare per risolvere la questione dubbia del possesso dell'usufruttuario nel diritto classico prima e dopo il riconoscimento del diritto reale. Ciò avviene, a mio avviso, con somma probabilità nel sequestratario, ma la dimostrazione ci porterebbe troppo lungi (1).

Non credo però inutile riportare una parte del ragionamento dell'Jhering in ordine al precarista, che mostra quanto il pensiero moderno ottenebri la visione degli istituti antichi. Il possesso del precarista è certamente, a nostro avviso, una sopravvivenza storica, ma non è poi meraviglioso nemmeno che in epoca storica si conservi l'idea del possesso, nè ciò si vuole attribuire unicamente alla poderosa forza d'inerzia, quando di regola per gli usi cui si adibiva il precario (la *fiducia*, la *lex commissoria*, la *in diem addictio*) il precarista era in sostanza il vero proprietario. Ma il Jhering vuole assolutamente stupire che il precarista possieda per indurne che ciò non può dipendere se non da una statuizione positiva del diritto, che determina le cause in cui la detenzione è garantita, quindi elevata a possesso, ovvero non è garantita. « Il precario non raggiunge nemmeno l'efficacia del commodato: il commodato pattuito per un tempo determinato è obbligatorio pel commodante; il precario non vincola il concedente; il commodato è un negozio giuridico, il precario è assimilato alla donazione... Ancora più stridente è il rapporto col colono. Il colono paga per fruire della cosa: il precarista ha il godimento gratuito: se ad alcuno il quale nulla sapesse al riguardo (cioè che il precarista possiede, il colono non

(1) Vedi tuttavia Bonfante, *Diritto romano*, c. IX, pag. 328 e seg., Firenze 1900.

possiede) si dicesse: l'uno dei due ha il possesso, l'altro la detenzione, chi mai sarebbe un momento in fra due nel dichiarare possessore il colono, detentore il precarista? » (1). Questa risposta potrebbe darla un moderno, non un romano, il quale anche nel periodo della decadenza del precario era illuminato da quei due momenti che alla mente traviata del Jhering paiono motivi per rigettare il possesso del precarista: che questi non ha un *ius in re*, nè è vincolato da rapporto obbligatorio col proprietario.

11. Ma il travisamento dei concetti e dei termini è generale nella materia possessoria, e sarebbe strano che ne fosse esclusa la voce *possessio*. La terminologia del possesso è tutta antiromana e in parte assurda. Lasciamo il possesso giuridico, un'esigenza puramente moderna, il *ius possidendi*, un'invenzione moderna, il *ius possessionis*, locuzione fraintesa, che a me sembra nelle fonti avere il significato che si vuole attribuire al *ius possidendi* (2): ma i termini adoperati a significare i due elementi sono i più meravigliosi. *Corpus* invece di *possessio corpore* e *possidere corpore* è un equivoco patente, e anche come termine convenzionale sono oramai di opinione che non sia innocuo. L'*animus domini* è stato poi rilevato da tutti che non esiste nelle fonti romane, e non altrimenti che la ψυχὴ δεσπόζοντος esso si ritorse come un argomento capitale contro la tesi del Savigny. Al Rudorff, che scusa il maestro, risponde il Dernburg che « non è pura questione di terminologia, bensì l'assenza dell'*animus domini* nelle fonti dimostra che ai Romani è straniera l'idea che esso costituisca un momento caratteristico del possesso giuridico » (3). A noi pure sembra che il

---

(1) Jhering, *Besitzville*, pag. 389 e 390.

(2) [Dagli studi di miei discepoli — Rotondi, Albertario — sembra che questa locuzione sia interpolata dai compilatori i quali veramente intendono riavvicinare il possesso ai diritti; concetto che si accentua negli scoliasti bizantini].

(3) *Pand.*, I, § 172, n. 4, pag. 409.

Savigny, come in ordine alla *possessio corpore*, abbia con suo danno alterato la terminologia romana. Un fenomeno che è stato nella dottrina odierna dei negozi giuridici splendidamente illustrato è il seguente: nei rapporti giuridici l'agente non ha punto rivolta la sua volontà agli effetti giuridici, al diritto, bensì agli effetti empirici, economici, pratici.

E così è, io dico, che non l'*animus domini* deve nutrire il possessore, bensì l'*animus dominantis* in latino moderno, l'*animus possidentis* in latino antico.

12. L'unico testo appariscente, su cui richiama la sua attenzione il Jhering e dietro il Jhering i fautori di una evoluzione storica nella nozione del possesso, testo che dovrebbe dimostrare come l'antica età ricomprendeva nella *possessio* la detenzione (la L. 37, D.. 13, 7, analizzata nello scritto acutissimo del Riccobono sul possesso non fa all'uopo), è la L. 3, § 23, D., 41, 1. Paolo, si dice, tratta molto *cavalièrement* il sommo giurista Quinto Mucio Scevola per aver mescolato tra i *genera possessionum* delle figure di detenzione: Scevola diceva il vero, esclama il Jhering; diceva il vero per l'epoca sua, dichiarano i fautori di uno sviluppo dottrinale. Nè l'una cosa nè l'altra. Quinto Mucio Scevola, il primo organizzatore del diritto, rimase celebre per alcune infelici classificazioni, in cui era più dialettica che logica; ma nel caso presente egli è più giustificabile che in altri casi, perchè le detenzioni che egli ha mescolato nei *genera possessionum*, allargando il concetto della *possessio*, erano effettivamente difese, se non da interdetti possessori, almeno da interdetti analoghi: *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.* Del resto quando il popolo non scorge la *possessio* se non dove scorge una volontà signorile, quando l'editto distingue i due stadî della *missio in possessionem* e chiama *possessio* la dominazione definitiva, non si può attribuir valore alle classificazioni arbitrarie, del resto non eccessive, di un unico giurista.

13. Un'antitesi recisa tra il mondo romano ed odierno è la seguente: nel possesso scompagnato dalla proprietà noi ci figuriamo uno stato *anomalo:* il regime romano delle *possessiones* nelle infinite forme è invece lo stato *normale* in ordine ai fondi, che sovrasta di gran lunga l'angusta sfera del *dominium ex iure Quiritium.* È questo che appare quasi come l'*eccezione.* Nella vita economica, non altrimenti che nell'ordinamento giuridico, la nostra proprietà corrisponde più alla *possessio* romana che non al *dominium ex iure Quiritium.*

14. Mi affretto alla conclusione. La filologia ed il linguaggio, la posizione dei maestri greci e dei romanisti di fronte alla terminologia romana, il fulcro del possesso romano e l'economia delle *possessiones*, la repugnanza del possesso col *ius in re* e col rapporto obbligatorio, consigliano di cambiar rotta nello studio del possesso romano. Non la detenzione concreta deve fornire il punto di partenza; la *possessio* è *ab origine*, nella coscienza dell'antico popolo, signoria, dominazione. *Possessio* è il termine parallelo a *potestas* in ordine alle cose, ed etimologicamente quasi il suo duplicato. L'antica giurisprudenza non ha fatto in ordine al possesso se non quello che la giurisprudenza deve fare e con suprema maestria seppe fare la giurisprudenza romana; decomporre, analizzare il concetto, giovarsi dei suoi elementi nel ragionare, nel dedurre.

L'antica vita romana non ebbe mai « con tutta ingenuità scorto un possessore anche nel fittaiuolo »: non fu nè la speculazione sull'*animus possidendi*, nè la statuizione legislativa delle *causae possessionis* che « a un dato momento insegnò al popolo la classica nozione del possesso » (1). Anche al riguardo il diritto pubblico ci offre l'esatto parallelismo: il popolo romano, il vincitore, *pulsis Carthaginensibus*, conquista *possessionem provinciae*, il dominio, la signoria, diremmo noi; i suoi eserciti, i suoi magistrati, *tenent*, *obtinent*.

(1) Jhering, *Besitzwille*, pag. 91; pag. 287.

XXXV.

La "possessio civilis„ e la "possessio naturalis„ (*).

SOMMARIO.

1. Ragione e disegno del presente scritto.
2. Esame delle fonti per ritrarne l'àmbito della *civilis* e *naturalis possessio*. — Primo risultato: la *possessio civilis* è la *possessio* vera (*animo possidendi*), quando sia basata su di una *iusta causa*.
3. Esame delle fonti per ritrarne lo spirito e il senso dell'antitesi. — Secondo risultato: la distinzione *civilis possessio-naturalis possessio* significa un'antitesi tra stato di fatto e stato di diritto.
4. Esame dell'istituto del possesso per indurre la ragion d'essere e lo scopo della distinzione nell'organismo del diritto romano e nel pensiero dei giureconsulti. — Risultato finale: *Possessio civilis* è il possesso difeso mediante azione, costituente quindi un diritto: esso ricomprende tanto la proprietà, quanto l'*in bonis*, la possessio provinciale e istituti similari e la *bonae fidei possessio*.
5. Storia ed esame critico delle varie teorie.

Postilla.

1. La *possessio civilis* e *naturalis* è una dottrina ancora inesplicata, benchè, appunto per la sua perdurante oscurità, sia di quelle che hanno più esercitato la pazienza dei romanisti, e benchè v'abbia adoperato uno studio pertinace e una vera passione di esaurirne l'indagine e intenderla appieno il Savigny stesso nelle varie edizioni della sua opera fondamentale sul possesso. Pure, per quel che a me sembra, le fonti non sono scarse al proposito nè in generale oscure: sono anzi tanto chiare che l'àmbito dell'una e dell'altra specie di *possessio* era stato inteso in fondo abbastanza bene

(*) Dalla *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. XVI, pag. 161-214, 1894. Con abbreviazioni, aggiunte tra parentesi quadre, contronote e postilla finale.

in una assai vecchia opinione, che ebbe per suo autore Bassiano, per suo principale sostenitore Cuiacio, e ch'è stata rinnovata in una forma più grama da parecchi moderni. Ma precisamente questa vecchia dottrina tra le tante offre il concetto meno comprensibile della *possessio civilis* e *naturalis;* non si giunge con essa a divinare nè il significato nè lo scopo della distinzione: ragione per cui la dottrina stessa nemmeno in quanto all'àmbito si tiene sopra un terreno abbastanza solido, ma oscilla qua e là. Si vuol fondarsi sull'esistenza o assenza di un *iusta causa:* ma, tra le altre cose, non si riesce neppure a esser fermi su questo, se la *mala fides* del possessore escluda o ammetta ancora la *possessio civilis.* Ciò deriva, io credo, dal non aver chiaro lo spirito e l'organismo generale del diritto romano classico sulla materia del possesso e dal recare nel tema preoccupazioni e abitudini di pensiero moderne. E ciò ha prodotto appunto la conseguenza che, sebbene in questa vecchia opinione l'àmbito della *civilis* e della *naturalis possessio* non fosse male appreso, tuttavia nè si potesse rappresentare il senso della distinzione nè farne intendere lo scopo e trarne profitto per la nozione del possesso, e nemmeno trar profitto adeguato di tutte le fonti. Ciò infine ha portato che essa, nonostante la più schietta aderenza alle fonti, sia stata sopraffatta dalle dottrine, più speciose e più intelligibili a prima vista per lo spirito moderno, del Savigny e del Cupero; resuscitata l'ultima dall'Erb e dal Thibaut.

Ciò posto, il disegno del mio scritto è senz'altro il seguente: esaminare anzitutto nel modo più esauriente e spregiudicato le fonti da cui si può ritrarre l'*àmbito* della *civilis* e della *naturalis possessio:* esaminarle poi separatamente per ritrarne *lo spirito* e *il senso* di un tale concetto: da ultimo ricercare indipendentemente nell'istituto del possesso la ragion d'essere e lo scopo di una siffatta distinzione. Il resultato cui pervengo non sarà, credo, senza conseguenze per la nozione e il fondamento istesso del possesso. Farò seguire al mio scritto una breve rassegna critica dei con-

cetti fondamentali, cui si richiama la serie numerosissima delle opinioni in proposito.

2. Prendendo a ricercare l'*àmbito* della *civilis* e della *naturalis possessio*, credo pregio dell'opera di riferire per intero i testi. Ci si offre dapprima una serie di frammenti, ove si usano le espressioni *naturaliter tenere* o *possidere*, riferendosi a specie in cui non si riconosce un vero possesso, perchè manca l'*animus possidendi*, cioè abbiamo un rapporto di mera detenzione, ovvero si usano le forme negative *iure civili* o *civiliter non possidere*, perchè il subbietto non è capace, o perchè non è capace l'obbietto.

Pap., *Fr. Vat.*, 258 (L. 35, D. *fam. erc.*, 10, 2, con poche varianti di forma): « Pomponius Filadelfus dotis causa praedia filiae Pomponiae, quam habuit in potestate, tradidit et mercedes eorum genero solvi mandavit. An ea praecipua filia retinere possit, cum omnes filios heredes instituisset, quarebatur. Iustam causam retinendae possessionis habere filiam, quoniam pater praedia, de quibus quaerebatur, dotis esse voluit, et matrimonium post mortem quoque patris constiterat (respondi): filiam etenim, *quae naturaliter agros retinuit* (D. *tenuit*), specie dotis, cuius capax fuit, defendi ».

La figlia *in potestate patris* non *possedeva* propriamente quei fondi, nel senso vero del possesso, poichè a tal uopo deve il subbietto esser giuridicamente capace quanto al patrimonio e i *filiifamilias* sono, per questo riguardo, in massima nella stessa condizione degli schiavi. *Naturaliter tenere* designa adunque il mero rapporto materiale colla cosa, quello che oramai si usa regolarmente chiamare detenzione.

Ulp., L. 7, § 11, D. *comm. div.*, 10, 3: « Neque colonis neque eis qui depositum susceperunt hoc iudicium competit, quamvis, [cum Ulp., secondo Albertario e Biondi] *naturaliter possideant* ».

Anche cotesto *naturaliter possidere* si risolve in una negazione del vero possesso. Il colono e il depositario sono

in un rapporto materiale colla cosa, il quale non è possesso per diritto romano, perchè manca un requisito di esso, l'*animus*.

Ulp., L. 7, § 1, D. *ad exh.*, 10, 4: « Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamvis *tunc civiliter non possideas* ».

La cosa congiunta a un'altra in guisa da costituire con questa un tutto distinto non è oggetto di *vero possesso* (*a*), sebbene il rapporto materiale non si possa negare.

Ulp., L. 4, D. *de relig.*, 11, 7: « Sed tunc locus fit religiosus, cum defuncti fuit; *naturaliter* enim videtur ad mortuum *pertinere* locus in quem infertur ».

Questo testo assolutamente non ha niente che fare colla presente questione, in cui vien mescolato mal a proposito. L'antitesi non è nel campo del possesso, ma del dominio (*pertinere*, non *tenere*). Si vuol dire che, secondo principî fuor del diritto, morali o religiosi, il morto ha una specie di proprietà del luogo in cui vien seppellito: e quindi è giusto che si richieda che fosse suo, mentr'egli era vivo.

Paul., L. 38, § 10, D. *de usur.*, 22, 1: « Si *possessionem naturalem* revocem, (cum *ins. sec.* Bas.) proprietas mea manet videamus de fructibus. Et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus ».

Di nuovo, la *possessio naturalis* del depositario e del commodatario è un rapporto colla cosa, in cui si sostanzia il contenuto del rapporto obbligatorio e la condizione dell'obbligo, ma non è possesso, perchè manca l'*animus*.

Paul., L. 1 pr., D. *de a. vel a. p.*, 41, 2: « Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia *naturaliter tenetur* ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχὴν dicunt ».

(*a*) *Civiliter*, nella L. 7, § 1, D., 10, 4, è interpolato, come in tempi recenti ha dimostrato il Riccobono (v. Postilla finale). L'importanza di questa interpolazione risulterà nell'analisi del testo sotto l'aspetto intrinseco per ritrarne lo spirito e il senso della distinzione.

Naturaliter tenere designa il rapporto di fatto colla cosa, qui come elemento del possesso, dal quale, come l'elemento più visibile e caratteristico e tale che in base ad esso l'*animus* d'ordinario si può presumere, il possesso istesso avrebbe avuto nome (*b*).

Paul., L. 3, § 3, *ibid.:* « Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat *naturalis possessio*. Ideoque si thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit *naturali possessioni* id animus implet ».

Paul., L. 3, § 13, D. *ibid.:* « Nerva filius res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus si velimus, *naturalem possessionem* nancisci possimus ».

La *naturalis possessio* indica pure in questi frammenti la detenzione come elemento del vero possesso.

Ulp., L. 12 pr., D. *ibid.:* « *Naturaliter* videtur *possidere*, is qui usumfructum habet ».

Altro caso di non-possesso. L'usufruttuario non ha l'*animus* del vero possessore, nè il rapporto in cui si trova egli colla cosa vien difeso come possesso (*c*).

Iavolenus, L. 23, § 2, D. *ibid.:* « Item quaero, si vinxero liberum hominem ita, ut eum possideam, an omnia, quae is possidebat, ego possideam per illum. Respondit: si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto: quod cum ita se habeat, multo minus per illum res eius a te possidebuntur; neque enim rerum natura recipit, ut per eum

---

(*b*) Secondo l'Albertario (v. Postilla finale) questo testo è alterato dai compilatori. Certamente l'inciso mal connesso *quam Graeci* κατοχὴν *dicunt* ha i caratteri di un emblema. Esso rappresenta una di quelle spiegazioni greche care ai Bizantini e κατοχὴ è parola ancor più disadatta di νομὴ a designare la vera *possessio* romana, perchè esprime ancor più schiettamente la detenzione.

(*c*) Ciò che io qui diceva in ordine alla *protezione possessoria* è esatto per diritto classico, non già per diritto giustinianeo. Io sono ora di avviso che Giustiniano difenda cogli interdetti possessori anche la detenzione dell'usufruttuario e dei titolari delle così dette servitù personali (v. Postilla finale).

aliquid possidere possimus quem *civiliter in mea potestate non habeo* (*d*).

Veramente si parla di *potestas*. A ogni modo è certo che la *possessio* nel vero senso è impossibile, ed è negata nel testo per incapacità della cosa.

Iavolenus, L. 24, D. *ibid.*: « Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest adquirere: sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. Nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod *servus civiliter quidem possidere* non potest, sed *naturaliter tenet*, dominus creditur possidere ».

Per quel che ora c'interessa, dobbiamo notare, di nuovo, ch'è l'incapacità assoluta del subbietto che esclude la *civilis possessio*. E di nuovo, il *naturaliter tenere* dello schiavo non è nemmeno *possessio* (*e*).

Pap., L. 49 pr., *ibid.*: « Possessio quoque per servum, cuius ususfructus meus est, ex re mea vel ex operis servi adquiritur mihi, cum et *naturaliter a fructuario teneatur* et plurimum ex iure possessio mutuetur ».

Il servo tenuto in usufrutto acquista all'usufruttuario *ex re sua vel ex operis eius* anche il possesso; sia perchè, dice il testo, l'usufruttuario *naturatiter* lo tiene, sia perchè l'acquisto del possesso si regola come l'acquisto dei diritti. Qualunque cosa si debba dire di queste motivazioni, *naturaliter tenere* significa evidentemente la possessione corporale o detenzione, ch'è elemento del possesso.

Ulp., L. 38, § 7, 8, D. *de v. o.*, 45, 1: « Haec quoque stipulatio: « possidere mihi licere spondes » ? utilis est: quam

---

(*d*) *Civiliter*, secondo il Riccobono (v. Postilla finale) è interpolato per *iure civili*.

(*e*) Questo testo è stato gravemente appuntato d'interpolazione e diversamente ricostruito dal Riccobono e dall'Albertario (V. *Scritti citati* nella Postilla finale).

stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere videamus, Sed quamvis *civili iure* servus *non possideat*, tamen ad *possessionem naturalem* hoc referendum est, et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur.

« Plane si « tenere sibi licere » stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit: licet enim *possidere civiliter* non possint, *tenere* tamen eos nemo dubitat » (*f*).

Ed anche in questo testo la *possessio naturalis* non è vera *possessio*, perchè il subbietto non è giuridicamente capace.

Si presenta però adesso una serie di testi, in cui la *possessio civilis* è negata, e riconosciuta una mera *possessio naturalis*, in casi di vero possesso. E anzitutto ciò si dice per il possesso del creditore pignoratizio.

Ulp., L. 3, § 15, D. *ad exh.*, 10, 4: « Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum qui *civiliter*, sed et eum qui *naturaliter incumbat possessioni*. Denique creditorem, qui pignori non accepit, ad exhibendum teneri placet ».

Pomp., L. 4: « nam et cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit, agit potest ».

Denique ha nel testo di Ulpiano, come sempre nelle nostre fonti (1), il significato di : *e così*, *per conseguenza*, *insomma*, e serve a passare dalla massima all'esempio. Tuttavia, per isfuggire all'imbarazzo che la *possessio naturalis* del creditore pignoratizio offre per una teoria molto sem-

---

(1) Cfr. Fr. Vat., 222; § 1; § 13, I. *De l. Aq.*, 4, 3; pr. I. *Si quadr.*, 4, 9; L. 13, D. *de ad.*, 1, 7; L. 1, § 6, D. *de post.*, 3, 1; L. 13, § 1, D. *de her. pet.*, 5, 3; L. 9, D. *de r. v.*, 6, 2; L. 1 pr., § 1, D. *de usufr. adcr.*, 7, 2; L. 6, § 2, D. *si serv. pet.*, 8, 5; L. 7, D. *de in l. iur.*, 12, 3; L. 23, D. *de don. inter vir. et ux.*, 24, 1; L. 44, 48 pr., D. *de a. r. d.*, 41, 1; L. 1, §§ 9 e 10, D. *de vi*, 43, 16 (nel testo, in seguito); L. 14, D. *de o. et a.*, 44, 7; L. 87, D. *de reg. iur.*, 50, 17, ecc. — V. anche Savigny, *Possession*, 7ª ed., trad. fr., pag. 35; Van Thon, *Ueber civilis u. nat. poss.*, Rhein. Mus., vol. IV, pag. 116.

(*f*) *Civiliter* nel § 8 è secondo il Riccobono parola interpolata. L'antitesi in termini più corretti risulta chiara tuttavia nel § 7, sicchè la interpolazione non avrebbe che valore formale.

plice e attraente, illustri scrittori non si peritarono d'intendere il *denique* in un senso affatto diverso e nuovo: *d'altra parte, del resto.* Al giorno d'oggi è inutile ribattere queste interpetrazioni: la tortura è stata abolita anche pe' testi romani, come mezzo per far loro confessare ciò che non vogliono dire. D'altra parte altri testi notano che il creditore pignoratizio non ha che una *possessio corporalis* (1) (*g*).

Ma lo stesso è detto anche per il possesso del precarista.

Vanuleius, L. 22, § 1, D. *de prec.*, 43, 26: « Si pupillus sine tutoris auctoritate precario rogaverit, Labeo ait habere eum precariam possessionem et hoc interdicto teneri. Nam *quo magis naturaliter possideretur*, nullum locum esse tutoris auctoritati » (2) (*h*).

Analogamente si deve ritenere lo stesso per il possesso eventuale del sequestratario.

A dire il vero, però, questi casi non mi parrebbero così profondamente diversi e veramente inconciliabili con quelli che finora abbiamo incontrato. Il possesso del creditore pignoratizio, del precarista, del sequestratario resteranno sempre figure anomale, singolari di possesso giuridico (3). Per quanto l'*animus possidendi* si sia voluto assottigliare tanto da ricomprendervi il povero *animus* di questi possessi, o anche addirittura farne a meno, il fatto è che nei casi normali esiste un *animus possidendi* di ben diversa entità,

---

(1) Pap., L. 40, § 2, D. *de pign. act.*, 13, 7: « Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae *corporalis* apud eum fuit restituere debet, ecc. ». Paul., L. 1, § 15, D. *de a. v. a. p.*, 41, 2: « Per servum *corporaliter* pignori datum non acquirere nos possessionem Julianus ait ».

(2) Cfr. anche L. 15, § 4, *Ibid.*

(3) Certo nessuno penserebbe a scorgere in queste figure un possesso, se i Romani non lo dichiarassero appositamente *per ciascuna di esse.*

(*g*) Il Riccobono (v. il primo scritto citato in Postilla finale) con gravi argomenti sostanziali e formali dimostra l'interpolazione dell'inciso *non solum eum* fino a *possessioni.* Secondo l'Albertario anche la qualifica di *corporalis* data al possesso del creditore pignoratizio nei testi citati in nota (L. 40, § 2, D., 13, 7, e L. 1, § 15, D., 41, 2) è interpolata.

(*h*) Anche il *naturaliter* in questo testo è interpolato secondo l'Albertario (v. *Scr. cit.*, in Postilla finale).

e che, invece, in questi casi eccezionali, se i Romani riconoscono il possesso, gli è solo in via singolare e prescindendo dal vero *animus possidendi*.

Io direi che si abbia nelle figure sopraddette un possesso riconosciuto in base ad altro momento, che non è l'*animus possidendi*, cioè in base a una causa speciale; e per altro scopo, che non è lo scopo e il fondamento generale, che giustifica la difesa dell'ordinario possesso (*i*). Potrebbe chiamarsi, se si vuole, possesso formale, come potrebbero dirsi costituire una proprietà formale la dote e la fiducia, che fornì sicuramente l'addentellato del possesso del creditore pignoratizio (1).

---

(1) Come si scorge, ritenendo che i tre possessi in questione costituiscano figure anomale, in cui la causa speciale sostituisce l'*animus possidendi*, elemento normale del possesso, io mantengo pure circa l'*animus possidendi* l'idea che esso non sia nel pensiero dei Romani se non l'*animus* di usare della cosa nel modo più assoluto; insomma l'*animus* che può avere il proprietario. Le due questioni sono strettamente connesse, perchè i concetti lambiccati dell'*animus possidendi* diversi da questo, o la negazione, cui si è anche giunti oramai, procedono appunto dall'avere i Romani ammesso le tre specie mentovate di possesso; ond'è che la soluzione in un dato senso dell'una questione importa una corrispondente soluzione dell'altra, o, ciò che val lo stesso, gli argomenti che si possono addurre in un senso per l'*animus possidendi* valgono anche per intendere queste tre figure anomale di possesso in un senso corrispondente.

L'una e l'altra questione non sono per vero essenziali al mio proposito: nondimeno l'aver idee chiare e diritte su questi punti giova, come vedremo, a dissipare alcuni equivoci che le nebbie del possesso hanno accumulato anche nel nostro argomento, e perciò credo opportuno di mettere in luce gli elementi più efficaci e mostrar la verità dell'uno e dell'altro asserto.

Che l'*animus possidendi* sia l'*animus* istesso del proprietario, mi par che già gli elementi più esteriori e visibili della struttura del possesso dovessero dimostrarlo. Se il possesso rappresenta ciò che è la proprietà, all'infuori del valore giuridico che a questa conferisce l'ac-

(*i*) Ciò si può ritenere per diritto classico. Ma io credo ora che si tratti in questi possessi anomali di un *ius singulare* storico. Il possesso del precarista, del creditore pignoratizio, del sequestratario doveva essere in origine vero possesso, cioè con *animus possidendi*. Vedi Bonfante, *Diritto romano*, cap. IX, pag. 328 e seg., ed. Cammelli, Firenze 1900.

Parrebbe adunque che si dovesse venire a questa conclusione: *possessio civilis* è il possesso normale, implicante, oltre la *possessio corpore*, un vero *animus possidendi; possessio naturalis* la *possessio corpore*, priva di quell'*animus*

---

quisto legittimo e principalmente la *iusta causa*, esso deve implicare l'*animus* istesso del proprietario; e ancora, in guisa tanto più evidente e imprescindibile di quello che avvenga nella proprietà, in quanto nel possesso fa difetto la *causa*, che può far presumere o sostituire l'*animus*. Certo il quasi-possesso implica sempre un animo analogo a quello dei diritti cui corrisponde.

Su questo argomento però non possiamo insister molto, perchè la sua schietta evidenza è stata turbata da una distinzione irrazionale ed estraromana tra possesso della cosa e possesso del diritto di proprietà.

Ma l'esame spregiudicato delle fonti romane, anche senza ricorrere alla bizantina ψυχὴ δεσπόζοντος, che del resto non è da mettere in non cale, come si fa, non mi sembra condurre a diverso risultato: *animus affectus possidendi*, *velle possidere*, *nolle possidere* si usano dai giureconsulti sempre con riguardo indifferente al possesso o alla proprietà, all'affermazione o negazione della propria volontà di godere in modo assoluto, sia che la faccia il possessore o il proprietario. Talora anzi la mira esclusiva è la proprietà e niente affatto il possesso (cfr., ad esempio, l'*affectus possidendi* nella L. 3, § 3, D. *de acq. rer. dom.*, 41, 1). E valga infine pur questo che la *iusta causa* POSSIDENDI è ben la causa giustificativa del dominio.

Passiamo ora alle figure, che hanno originato tutta la disputa sull'*animus possidendi*.

Certo nè il creditore pignoratizio, nè il precarista, nè il sequestratario hanno lo stesso *animus possidendi* del proprietario; hanno bensì un *animus* più limitato, quello di tener la cosa, anche di goderne in una certa misura, come il precarista, senza alienarla o distruggerla o farne altro uso che converrebbe solo al proprietario. Ora si può restringere l'*animus possidendi* del possessore entro questi limiti? Si può farlo, per comodo delle specie mentovate, ma troppe altre specie di possesso dovremmo allora contare, nelle quali un simile *animus* o anche più lato è innegabile! Non ha per lo meno chiunque eserciti un diritto reale sulla cosa un tale *animus* come quello del creditore pignoratizio? Non l'ha più spiccato e più ampio, ad es., l'usufruttuario? Eppure nulla è più sicuro di questo, che l'usufruttuario in diritto romano non si riconosce affatto come possessore, ma come quasi-possessore, o tutt'al più gli si accordano gli interdetti del possesso, ma solo *utilmente*. [Nel diritto classico: nel diritto giustinianeo direttamente].

D'altra parte, mentre i tre possessi in questione sono gli unici che debbano avere una *causa* ed essere *iustae possessiones*, dell'*animus*

e non riconosciuta dal diritto come possesso, o solo eccezionalmente riconosciuta in alcuni casi.

Senonchè v'ha un caso di possesso, cioè di possesso regolare, *corpore et animo*, che è detto dai giureconsulti romani essere semplicemente *possessio naturalis:* un caso nel quale, per quel che sembra, i Romani sarebbero quasi portati

---

possidendi relativamente ad essi non è mai fatto nelle fonti alcun cenno. Un solo testo parrebbe in sulle prime contraddire a questa negativa, ma esso è piuttosto un argomento a favore della mia opinione, poichè vi si parla non già di *animus possidendi*, bensì di *animus detinendi*, cioè di un tale *animus*, quale deve essere almeno in qualunque detentore della foggia del commodatario o del locatario, in qualunque persona insomma che, pur non avendo l'animo di esercitare le stesse facoltà del proprietario (per es. vender la cosa, come fa subito il ladro), intenda bene di esercitare sulla cosa alcune facoltà, sia pure limitate, come quelle dei due detentori citati. Il testo è la L. 37, D. *de pign. act.*, 13, 7, di Paolo *ad Plautium:* « Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor non fuerit eius possessio, cum et *animus mihi retinendi* sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi ». Il frammento per me non offre guari difficoltà; ma se anche si vuol supporre col Mommsen un glossema per l'ultima parte del testo, o con altri (Riccobono, *Arch. Giur.*, pag. 227, 1893) un'aggiunta di Paolo al testo plauziano, certo cotesto glossema o cotesta aggiunta non dicono altro se non che il creditore pignoratizio conserva il possesso, perchè non ha intenzione di perderlo; non è l'*animus rem sibi habendi* o *possidendi*, bensì l'*animus retinendi possessionem*, cui si richiama il giureconsulto per giustificare la decisione.

Nè mancano prove dirette e positive che in queste specie un *animus possidendi* i Romani non lo veggono. In una serie di testi ciascuna di esse è designata con espressioni caratteristiche per la detenzione priva di *animus:* così *possessio corpore* o *corporalis*, *possidere corpore* o *corporaliter* (Pap., L. 40, § 2, D. *de pign. act.*, 13, 7; Paul., L. 1, § 15, D. *de p.*, 41, 2; Pomp., L. 15, § 4, D. *de pr.*, 43, 26; *incumbere possessioni* (Ulp., L. 1, § 15, D. *ad exh.*, 10, 4). [Dubbie testimonianze dal punto di vista classico, perchè i testi sono probabilmente tutti interpolati]. Caratteristica è pure la espressione *pro alieno possidere* usata da Paolo a designare il possesso del creditore pignoratizio nella L. 13 pr., *de us.*, 41, 3, specialmente se si metta a confronto col senso generico dell'*habere pro suo*, che si oppone alla mera detenzione priva di *animus possidendi*, come è quella del depositario (Cfr. Cels., L. 68 (67) pr., *de furt.*, 47, 2.

Un bellissimo argomento poi ci fornisce, più che l'analogia, la derivazione del possesso del creditore pignoratizio dalla proprietà del fiduciario. La proprietà del creditore fiduciario fu certamente l'imma-

a negar il possesso e non lo possono fare, appunto perchè è innegabile ed evidente che i due elementi del possesso non fanno difetto. È il possesso del coniuge donatario.

Ulp., L. 1, § 9, 10, D. *unde vi*, 43, 16: « Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et *naturalis possessio* ad hoc interdictum pertinet.

---

gine e l'addentellato del possesso del creditore pignoratizio; e anche la possibilità di un furto della cosa pignorata da parte del debitore, benchè sia cosa sua, è certamente un principio mutuato dalla *fiducia*, nella quale la cosa era una *res aliena* davvero pel debitore. Ora come nella fiducia abbiamo una proprietà, che non corrisponde al suo scopo normale, nè è stabilita dalle cause che giustificano la proprietà, così nel pegno s'ha un possesso, che non adempie la funzione ordinaria dell'istituto, possessorio, ed è stabilito da una causa speciale, anzichè dal requisito generale dell'*animus possidendi*.

E come avviene poi che, qualunque giustificazione si dia della difesa del possesso in generale, da queste specie si prescinde? Ma più che questo, giova notare una caratteristica comune a tutte le strutture anomale, che nelle presenti si ritrova: e consiste nelle limitazioni, che il diritto più evoluto e la giurisprudenza soglion porre agli effetti di simili strutture, che trascendono lo scopo; limitazioni che possono tanto crescere da determinare una nuova struttura, più naturale, dell'istituto. Così han fatto i Romani per l'istituto dotale, per l'osservanza dell'anno del lutto prima di rimaritarsi, per la nullità delle obbligazioni prodotte da cause che non era equo ne distruggessero tutti gli effetti. E così han fatto per questi casi, restringendo il possesso del precarista, perchè il suo godimento non trascenda i debiti confini, e le facoltà del creditore fiduciario o pignoratizio, perchè costoro non ricavino dalla proprietà o dal possesso altra utilità, fuori di quella che è naturalmente conforme allo scopo della fiducia e del pegno; serbare fino al pagamento della obbligazione un mezzo coattivo più forte dell'azione obbligatoria.

Come chiusa a questa nota osserveremo che la natura eccezionale del possesso del creditore pignoratizio, del precarista e del sequestratario è in fondo riconosciuta, apertamente o implicitamente, da tutti coloro che si rifiutano di restringere l'*animus possidendi* tanto da ridurlo a una sottile astrazione dottrinaria e aprire un tale spiraglio nella nozione del possesso, per cui passa tutto ciò che, pei Romani almeno, non è possesso affatto. Io credo però che senza ricorrere alle figure arbitrarie del possesso derivato, possesso finto e simili, si possa e si debba riconoscere in queste figure possessorie ciò che in tanti altri istituti si osserva: un'anomala costruzione. [Vedi anche lo scritto precedente in questa raccolta *Il punto di partenza*, etc.].

« Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: non tamen si colonus ».

Gli stessi sforzi che per la L. 3, § 15, *ad exhib.*, si son fatti per isfuggire a questo frammento. Anche peggio: v'ha una opinione, rappresentata da una serie d'illustri scrittori, Cupero, Erb, Thibaut, i quali arretrarono questa volta davanti allo strazio della correlazione e del *denique*, e presero tutt'altra via. Ebbene: il coniuge donatario possiede soltanto *naturaliter*, cioè non possiede: ma l'*interdictum Unde vi* è accordato anche a chi possiede soltanto *naturaliter*, anche al locatario. Non si può assolutamente andare a cacciare in un ginepraio peggiore. L'interdetto *Unde vi* è accordato espressamente a chi possiede in questo testo medesimo (Deicitur *is qui possidet*) (1) come del resto tutti gli interdetti possessori, e il coniuge donatario è innegabile che possiede, per lo meno come un ladro (*l*).

---

(1) Cfr. anche L. 1, § 23, *Ibid.* Reciprocamente, nel Fr. Vat. 90 (Ulp.) l'interdetto *Uti possidetis* e l'*Unde vi* sono accordati l'uno e e l'altro solo *utilmente* (*utile datur*) contro l'usufruttuario appunto perchè vero possessore questi non è (*quia non possidet*). [Cfr. però quanto al diritto giustinianeo L. 3, § 13, D. *unde vi*, 43, 16 e postilla finale].

(*l*) La L. 1, §§ 9, 10, è interpolata. La dimostrazione del carattere spurio di questo testo mediante il confronto con Paul., *Sent.*, 5, 6, 5-7, e Paul., L. 2, D., 43, 17, è il maggior merito del Riccobono, nel suo primo acutissimo studio sul tema (V. Postilla finale a questo scritto). I due paragrafi vengono ricostruiti dal Riccobono in questa forma: § 9, Deicitur is qui possidet (*nec vi nec clam nec precario ab adversario; iuste autem vel iniuste adversus ceteros*) possideat (*nihil refert*): nam et (*iniusta*) possessio ad hoc interdictum pertinet.

§ 10. Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: (.....).

La ragione dell'interpolazione, per cui si è sostituita la *possessio naturalis* alla *possessio iniusta*, è da riporre nella fusione dei due interdetti *de vi et de vi armata* e nella correlativa abolizione della *exceptio vitiosae possessionis*.

Le interpolazioni rilevate dell'epiteto *naturalis* sia per i possessi anomali, sia più ancora per questa possessio del coniuge donatario, sembrano escludere che *possessio naturalis* nel diritto classico potesse mai valere come possesso vero. *Possessio naturalis* significava la detenzione. Ma è altrettanto certo che il coniuge donatario non ha la *possessio civilis* (L. 26 pr., 24, 1), che questa esige la *iusta causa* (L. 2, § 2, D., 41, 5; L. 16, D., 41, 2).

E d'altra parte, l'uno e l'altro partito, ammettere la *possessio civilis* del coniuge donatario o negargli ogni *possessio*, ha contro i seguenti testi espliciti:

Paul., L. 26 pr., D. *de don. int. vir. et ux.*, 24, 1: « Si eum, qui mihi vendiderit, iusserim eam rem uxori meae donationis causa dare et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit, quia, *licet illa iure civili possidere non intellegatur*, certe tamen venditor nihil habet quod tradat ».

Anche qui si volle interpretare: *ammesso pure* ch'ella non possegga civilmente, ecc. Non è che un arzigogolo da aggiungersi alla collezione.

Paul., L. 1, § 4, D. *de a. vel. a. p.*, 41, 2: « Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant *possidere eam*, quoniam res facti infirmari iure civili non potest et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem? ».

Paul., L. 1, § 2, D. *pro don.*, 41, 6: « *Possidere* autem uxorem rem a viro donatam Julianus putat ».

Ulp., L. 16, D. *de a. vel a. poss.*, 41, 2: « Quod uxor viro aut vir uxori donavit *pro possessore possidetur* » (1).

Ma che cosa manca al possesso del coniuge donatario, perch'esso non debba costituire una *civilis possessio?* V'è la *possessio corpore* e v'è l'*animus possidendi;* v'è il consenso dell'altro coniuge, per cui non si può dire nemmeno che s'abbia una *iniusta possessio* nel senso proprio della parola; anzi s'acquistano i frutti, o almeno i frutti industriali, e pare ch'entro certi limiti si riguardi il coniuge come possessore di buona fede (2). Che cosa dunque fa difetto?

---

(1) Aggiungi: Ulp., L. 13, § 1, D. *de h. p.*, 5, 3: « Item in titulo pro donato quaeritur an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: et placet nobis Juliani sententia pro possessore possidere eum ». Pomp., L. 45, D. *de usur.*, 22, 1; Paul., L. 57, D. *de a. r. d.*, 41, 1. — La L. 24, D. *de don. int. vir. et. ux.*, 24, 1, della stesso Ulpiano non fa che dichiarare la nullità della donazione, cioè della causa.

(2) Ulp., L. 17, D. *de don. int. vir. et. ux.*, 24, 1: « Julianus significat fructus quoque ut usuras licitam habere donationem. Sed si quid servus donatus adquisiit, ad eum qui donavit pertinebit ». Pomp., L. 45, D. *de*

Se noi consideriamo la particolare insistenza, con la quale i giureconsulti fan rilevare che la donazione è nulla, è una *causa iniusta*, che il coniuge possiede *pro possessore*, cioè non *pro suo*, non *ex iusta causa*, non si può dubitare che tal difetto è inteso risiedere appunto nella *iusta causa*.

Pare adunque che alla *possessio civilis*, oltre all'*animus possidendi*, sia necessaria anche una *iusta causa*.

E v'ha un testo famoso di Giuliano che porge infine una conferma chiarissima di questo risultato. Esso è la L. 2, § 1 e 2, D. *pro herede*, 41, 5, così concepita: « Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum *civilis*, sed etiam *naturalis* intellegatur. Et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita est aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

« Filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui existimabat *naturalem possessionem* penes eum fuisse vivo patre. Cui consequens est, ut filius a patre heres institutus res hereditarias a patre sibi donatas pro parte coheredum usucapere non possit ».

Se l'applicazione del principio: *Nemo causam possessionis sibi mutare potest* non fa difficoltà per la *possessio civilis*, ciò non può aver la sua ragione se non nel fatto che in questa sola propriamente si ha una *iusta causa possidendi*, e si può quindi concepire una mutazione di essa.

---

usur., 22, 1: « Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit illos tamen, quos *suis operis* adquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur ». PAUL., L. 57, D. *de a.*, 2, *d.*, 41, 1: « Per servum donatum a marito nec *ex re* quidem eius, cui donatus est, adquiri quicquam posse Julianus scribit: hoc enim in eorum persona concessum est, qui bona fide serviunt ». Da quest'ultimo testo si può desumere per analogia che, anche secondo Giuliano, l'acquisto dei frutti da parte del coniuge donatario dev'esser limitato a quelli conseguiti *ex opera*, cioè ai frutti industriali.

Che poi dal giureconsulto si adducano come casi di *possessio naturalis*, intorno a cui si è così deciso, precisamente dei casi in cui *possessio* non c'è, come il colono, il depositario, il commodatario, si capisce: perchè, come osserva giustamente il Savigny, dovea certo capitare meno sovente che un ladro, un brigante si presentassero a ottener dei responsi in proposito (1). Del resto, aggiungo, il caso di un vero possessore parrebbe proposto veramente nell'ultima parte del testo. Il figlio dopo la morte del padre, possiede le cose donategli da questo, e nondimeno non può usucapirle, per la parte dei coeredi, perchè, s'intende, non può assumere il comodo titolo *pro herede*. Che il giureconsulto riguardi il suo possesso come *naturalis*, anche dopo la morte del padre, per le parti dei coeredi, non v'ha dubbio; altrimenti non farebbe la questione. È poi chiaro anche dalla connessione logica con ciò che precede (*cui consequens est*).

Ma che cosa significa allora questa distinzione e per che scopo è stata escogitata? La *possessio naturalis* pare una gran bolgia, in cui rientrano tanto l'*esse in possessione*, la mera detenzione, in tutte le varie sue sfumature, dal possesso dello schiavo a quello dell'usufruttuario, quanto il vero possesso, il così detto possesso giuridico (2). La *possessio civilis* non si sa propriamente dove cominci nè dove finisca; se si richiede anche la *bona fides*, che ora pare ora non pare necessaria all'esistenza della *iusta causa;* se si richieda l'*habilitas rei*, come, per esempio, la non furtività; se si possa designar come tale anche la *possessio* del proprietario. L'àmbito istesso della distinzione, insomma, rimane oscuro, se restringe l'esame a questo solo.

3. Tentiamo ora di ricavare dalle stesse fonti addotte o da nuove se questa distinzione abbia un significato uniforme, un unico fondamento, e quale possa essere, o se si

(1) Savigny, *Possession*, 7ª ediz., pag. 62, n. 2. [No; la ragione è che *possessio naturalis* significava soltanto la detenzione].

(2) [V. nota precedente].

debba ammettere, almeno in una certa misura, quella varietà di significati rispondente ai varî aspetti di cotesta proteiforme categoria espressa dagli attributi *civilis-naturalis.*

Osservo intanto in generale che la distinzione presente non pare si debba richiamare al senso più comune dell'antitesi, ch'è quello del *ius civile* e del *ius naturale:* non pare, dico, che i Romani distinguano tra una *possessio iuris civilis* e una *possessio iuris naturalis.* Simili espressioni non si trovano usate mai nelle fonti. Mi sembra che in generale si debba piuttosto pensare ad altre antitesi, in cui l'un dei termini almeno suol ricevere l'epiteto *naturalis:* o alla opposizione tra *rapporti estranei al diritto*, sieno o non sieno regolati da diverse norme sociali, e *diritti veri e proprî* (1), ovvero alla opposizione tra *rapporti giuridici di mero fatto*, indipendenti, cioè, da qualunque azione volontaria, e *rapporti, in cui l'azione e la volontà dell'uomo intervengono* (2). Si osservi però che in quest'ultimo significato in antitesi a *naturalis* non si usa giammai dai Romani l'espressione *civilis* (3).

Premesso ciò, ritorniamo sull'esame positivo dei testi.

Pap., *Fr. Vat.*, 258 (o L. 35, D. *fam. erc.*, 10, 2).

---

(1) È tale, ad es., il senso in cui si usano *natura*, *naturalis*, *naturaliter*, quando si dice che *naturaliter videtur ad mortuum pertinere* il luogo ov'egli è seppellito, intendendo che gli appartiene per rispetti e principî morali e religiosi; che il liberto *natura operas patrono debet;* che un dono ricevuto può obbligare *naturaliter ad remunerandum*, ecc.

(2) In questo senso si parla di servitù stabilite *natura loci*, si dice che la *servitus fluminis* o *stillicidii* deve avere una *naturalis causa*, che la causa della *o. n. n.* può esser *naturalis*, *publica*, *impositicia;* si chiama *naturalis obligatio* una obbligazione stabilita dal fatto mero dell'arricchimento o dell'effettiva prestazione, indipendentemente dalla volontà; si contrappongono gli *ex natura fructus* ai frutti che nascono *ex operis*, *ex facto* del possessore, ecc.

(3) Ciò fu da me già rilevato in un altro scritto (*Le obblig. naturali nel dir. civ. ital.*, *Foro ital.*, fasc. III, 1893 [V. sopra in questo volume della collezione, pag. 5], ove osservai pure che questa opposizione è la sola che sopravviva nel linguaggio moderno, in cui il contrapposto di naturale suol essere legale o volontario.

Da questo testo non si ricava molto. Nondimeno par certo che il giureconsulto mira semplicemente a esprimere l'inefficacia giuridica di cotesto *naturaliter tenere* della figlia *in potestate*, bench'ella abbia ricevuto tradizione dei fondi *dotis causa*. L'antitesi è, vagamente, con uno stato di diritto, che, vivente il padre, alla figlia non può competere.

Ulp., L. 7, § 11, D. *comm. div.*, 10, 3.

Il possesso del colono e del depositario può esser detto *naturalis* in due sensi: o perchè vi manca l'elemento intenzionale, volitivo, e non si ha che la nuda relazione di fatto sulla cosa, o perchè, a ogni modo, esso non costituisce una relazione sulla cosa garantita dal diritto. La opposizione è adunque o con un rapporto che congiunga all'elemento di mero fatto anche un elemento volitivo, o con una relazione giuridica sulla cosa stessa.

Non è forse inutile osservare che, nel caso, il giureconsulto è preoccupato (*quamvis!*) della differenza che pone tra le dette *naturales possessiones* ed altre — quella del creditore pignoratizio, dell'usufruttuario, ecc., — nelle quali ha precedentemente asserito che il *iudicium communi dividundo* utilmente compete. Ma se in questi casi esso compete, ciò deriva non dalla *possessio naturalis*, che può, anche in essi, non costituire una vera *possessio* — per es. quella dell'usufruttuario — bensì da un diritto, di cui la *possessio naturalis* non è che un effetto. Altrimenti, in base alla mera *possessio naturalis*, sia pur vera *possessio*, non si può invocare tale *iudicium;* e così, dice il giureconsulto, esso non compete *inter praedones* « quia iniusta est possessio ista », nè tra precaristi, i quali hanno bensì un *possessio iusta* « sed quae non pergat ad iudicii vigorem » (§ 4). Invece esso spetta a coloro che abbiano l'*actio in rem Publiciana* (§ 2), o in genere una *iusta causa possidendi* (§ 3) (*m*).

(*m*) Tutta la L. 7, D., 10, 4, è gravemente sospetta. Studi recenti (Arangio-Ruiz, Albertario, Biondi, ecc.) hanno reso probabile che il diritto classico non concedesse l'*actio communi dividundo* se non nei confini della proprietà e istituti similari (*in bonis, possessio bonae fidei*). L'estensione dell'*actio communi dividundo* all'usufruttuario e all'usuario

Ulp., L. 7, § 1, D. *ad exh.*, 10, 4.

Qui certo coll'escludere la *possessio civilis* nel caso *quamvis tunc civiliter*, ecc.) si pensa a escludere una *possessio* riconosciuta dal diritto: ma non par verosimile che si voglia alludere all'usucapione o agli interdetti (*n*). In questo, come in altri testi, non si fa che accentuare il *minimum*, ch'è sufficiente per esser convenuti coll'*actio ad exhibendum:* la *facultas exhibendi.*

Paul., L. 28, § 10, D. *de usur.*, 22, 1.

Il testo è forse corrotto. Mi pare che si dovrebbe leggere, ad esempio: *cum* proprietas mea manet o maneat, ecc. Comunque, è degno di nota che qui l'antitesi della *possessio naturalis* pare appunto colla *proprietas.*

Paul., L. 1 pr., e § 1, D. *de a. vel a. poss.*, 41, 2.

Nel principio di questo testo il *naturaliter tenere* è dichiarato come un elemento — elemento di mero fatto, — della *possessio.* Il suo contrapposto sarebbe la *possessio* istessa, in quanto a questa occorre anche un elemento volitivo e intenzionale, ch'è l'*animus.*

Interessante è per la presente questione il § 1, che non diceva nulla quanto all'àmbito della *possessio civilis* e *naturalis:*

« Dominiumque rerum *ex naturali possessione* coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari coeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint ».

Se si dice che il dominio ha tratto principio dalla *naturalis possessio*, non si può intender questa come una deten-

---

è probabilmente giustinianea. Ciò posto, al § 11 doveva più facilmente leggersi « *quia* naturaliter possident » non già *quamvis*, perchè nessuna *naturalis possessio*, nemmeno quella di chi avesse un diritto sulla cosa, come l'usufruttuario e l'usuario, dava diritto all'azione divisoria.

(*n*) Il testo nondimeno è piuttosto duro a conciliare con la mia tesi. Non è verosimile che il giureconsulto volesse dire che l'*actio ad exhibendum* si dirige anche contro chi non possieda *ex iusta causa* e non abbia una signoria riconosciuta e garantita sulla cosa. Ritengo tuttavia ora col Riccobono (V. sopra) che il *civiliter* sia interpolato, e quindi il testo va eliminato dalla questione pel diritto classico. Quanto al diritto giustinianeo v. Postilla finale.

zione: è l'apprensione della cosa coll'*animus rem sibi habendi*. E non si può intendere nemmeno nel senso della *possessio* usuale; poichè non si pensa affatto — il *vestigium* che ne rimane rende ciò più che evidente — che l'apprensione abbia luogo su di una *res aliena*. Ciò da cui si prescinde nel caso è la forma civile dell'acquisto, il riconoscimento e la difesa giuridica. Il testo ha una vaga rassomiglianza con un altro famoso, nel quale Ulpiano, per descrivere il contenuto del *ius naturale*, ci presenta una serie di rapporti (matrimonio, figliolanza, ecc.), che esistono anche presso gli animali, ma evidentemente non esistono come rapporti regolati e garentiti dal diritto (*o*).

Paul., L. 3, § 3, D. *ibid.*

La *possessio naturalis* indica qui l'elemento di mero fatto in contrapposizione alla *possessio* vera, per cui si richiede anche un elemento volitivo e intenzionale.

Ulp., L. 12, § 1, D. *ibid.*

Dire che l'usufruttuario *naturaliter videtur possidere* può significare o ch'egli, in conseguenza del suo diritto di usufrutto, viene a trovarsi in quella relazione di mero fatto cosa che costituisce un elemento della *possessio*, ma gli manca precisamente l'elemento volitivo, ovvero che la *possessio* dell'usufruttuario non è quella qualunque *possessio* riconosciuta e garentita come diritto sulla cosa, per quanto essa sia bene un elemento del diritto di usufrutto. [La prima spiegazione è la più attendibile].

Iavolenus, L. 23, § 2, D. *ibid.*

Su di un uomo libero possesso non si ha. Ma evidentemente il giureconsulto non tanto si fonda sulla negazione del possesso quanto sul non aversi diritto alcuno, sia di potestà, sia di dominio, su questo uomo libero: e ciò significano le parole *civiliter* [iure civili, Riccob.] *in mea potestate non habeo*. La questione proposta è se per mezzo di

---

(*o*) Anche in questo testo l'Albertario reputa interpolato *naturali* avanti a *possessione*.

questa persona si acquisti: ora il mero possesso di per sè non basta a far acquistare per mezzo dello schiavo.

L'antitesi è adunque nel testo presente tra fatto e diritto.

Iavolenus, L. 24, D. *ibid.*

Certamente il servo non possiede, ma *naturaliter tenet.* Ma qui pure il giureconsulto non vuol rilevare il fatto che il servo non possiede semplicemente e non ha gli interdetti, bensì dichiarare che il suo rapporto colla cosa non costituisce un diritto. Il possesso che il servo acquista al *dominus*, anche ignaro dell'acquisto, il possesso ch'entra a far parte del peculio, non può essere il mero possesso interdittale, bensì la *possessio ex iusta causa;* è il testo istesso che lo dichiara. Se adunque al servo si nega la *civilis possessio* del peculio, gli si nega un diritto, gli si nega che il suo peculio costituisca un suo patrimonio giuridico. L'antitesi è sempre adunque tra fatto e diritto.

Papinianus, L. 49 pr., *ibid.*

Naturaliter a fructuario teneatur. S'indica invece, di nuovo, il mero fatto della detenzione, elemento del possesso, in antitesi alla *possessio* vera, che consta anco d'un elemento volitivo.

Ulp., L. 38, §§ 7, 8, D. *de v. o.*

In questa legge *civiliter* o *iure civili possidere* e *naturaliter possidere* o *tenere* esprimono la più patente opposizione tra rapporto di diritto e rapporto di fatto. Il servo non può stipulare *utiliter in suam personam* il possesso nel senso della *civilis possessio*, perchè non è capace di diritti, ma può stipulare *in suam personam* la *possessio naturalis*, perchè questa non è che un mero fatto.

E che il pensiero del giureconsulto sia rivolto esclusivamente a stabilire un'antitesi tra fatto e diritto non solo si desume con certezza dai due paragrafi citati, ma erompe con irresistibile evidenza da tutto il testo di Ulpiano. Tutto il lunghissimo testo di Ulpiano è una perpetua antitesi tra stipulazioni che contengono un *factum* e stipulazioni che

contengono un *ius*. Ed è pregio dell'opera riferire il paragrafo immediatamente precedente (§ 6) e il paragrafo seguente (§ 9), che si collegano strettamente coi due citati.

§ 6. « Hi, qui sunt in aliena potestate, his, in quorum sunt potestate, habere licere stipulari possunt ea ratione, qua cetera quoque his possunt stipulari. Sed si *servus* fuerit stipulatus *sibi* habere (licere vel in agere licere *ins.* M.) quaesitum est, an recte stipulatus videatur. Et ait Iulianus libro quinquagesimo secundo digestorum, si *servus* stipuletur *sibi* habere licere aut *per se* non fieri quominus habere stipulatori liceat, promittat: *stipulatio*, inquit, *non committitur*, quamvis auferri res ei et ipse auferre eandem possit: *non enim* FACTUM, *sed* IUS *in hac stipulatione vertitur*. Cum vero stipulatur per promissorem non fieri, quominus sibi ire agere liceat, *non* IUS *stipulationis*, *inquit*, *sed* FACTUM versatur. Sed videtur mihi, licet *iuris* verba continet haec stipulatio « habere licere », tamen sic esse accipiendam (accipienda *scr.*), ut in servo et in filio familias videatur actum esse de possessione retinenda aut non auferenda et vires habeat stipulatio ». E qui attaccano i due §§ citati, collegati ideologicamente e grammaticalmente (Haec *quoque* stipulatio, ecc.) a ciò che precede.

Segue ad essi il § 9: « Habere dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, *qui rei dominus est*, et eum, *qui dominus quidem non est*, *sed tenet:* denique habere rem apud nos depositam solemus dicere ».

È sempre, si vede, la stessa opposizione, significata assumendo da un lato la signoria più perfetta sulla cosa: il dominio. *Habere* esprime tanto il possesso di chi possiede la cosa per averne il dominio, quanto chi la tiene, senza aver su di essa alcun diritto. Si noti il valore del *denique*.

ULP., L. 3, § 15, D. *ad exh.*, 10, 4.

Intendere questo testo nel senso che possa essere convenuto coll'*actio ad exhibendum* tanto chi possieda *ad interdicta* quanto chi non possieda *ad usucapionem* è un'assurdità. Esso non significa se non che può essere convenuto

tanto chi possieda giuridicamente la cosa, chi l'abbia in possesso ed abbia diritto su di essa, quanto chi non la possieda giuridicamente, chi l'abbia in possesso, senza aver su di essa diritto. Ciò che Ulpiano vuol fissare gli è il principio con cui conclude, dopo aver fatto il caso estremo di colui che ha semplicemente assunto il trasporto di merci: che, insomma, l'azione *ad exhibendum* si può dirigere contro tutti coloro « *qui facultatem exhibendi habent* ».

La opposizione parrebbe adunque piuttosto tra rapporto di fatto e rapporto di diritto: ma è questo precisamente un testo, che toglie ogni lusinga che pel rapporto di diritto si abbia a intendere il possesso vero, quello che noi moderni diciamo possesso giuridico (*p*).

Venuleius, L. 22, § 1, D. *de prec.*, 43, 26.

Il pupillo non ha bisogno dell'*auctoritàs* del tutore per acquistare la *possessio precaria*, perchè è *possessio naturalis*. Parrebbe non si volesse intendere se non questo: che essa è cosa di mero fatto, non di diritto (*q*).

Del resto con queste parole significa la cosa Paolo nella L. 1, § 3, D. *de a. vel a. p.*, 41, 2. Comincia dal dichiarare che il furioso, e il pupillo senza l'*auctoritas* del tutore, non possono acquistar il possesso « quia affectionem tenendi non habent »: è come si riponesse la cosa in mano a un dormiente. Soggiunge però subito: « Ofilius quidem et Nerva filius *etiam sine tutoris auctoritate* possidere incipere posse pupillum aiunt; *eam enim rem facti, non iuris esse;* quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, intellectum capiant ». La sentenza di Venuleio non è diversa: e s'intende che deve esservi apposta la stessa limitazione, se pur limitazione si può chiamare.

(*p*) Veramente è difficile che il giureconsulto si preoccupasse di osservare che l'*actio ad exhibendum* può esser intentata sia contro chi possiede *ex iusta causa* sia contro chi possiede senza *iusta causa*. Ma l'interpolazione additata (v. sopra) elimina questo testo dalla controversia per diritto classico.

(*q*) La già indicata interpolazione elimina, come detto, questo testo dalla controversia per diritto classico.

Ulp., L. 1, §§ 9, 10, D. *unde vi*, 44, 16.

Paul., L. 26, D. *de don. int. vir. et ux.*, 24, 1.

Il coniuge donatario non possiede *civiliter* o *iure civili*. Eppure possiede, eppure il suo possesso è pieno e normale e non ha la figura anomala del possesso del creditore pignoratizio, del precarista, del sequestratario. Che cosa significano ora quelle caratteristiche? Ciò che s'è detto e ripetuto finora: i Romani vogliono dire che nell'un caso si ha un fatto mero, nell'altro caso un rapporto di diritto. E di nuovo, lo stesso Paolo esprime altrove la cosa con queste parole: « — possidere eam, quoniam *res facti* infirmari iure civili non potest » (L. 1, § 4, D. *de a. vel a. p.*, 41, 2).

Iul., L. 2, §§ 1, 2, D. *pro her.*, 41, 5.

Questo frammento, molto utile per determinare l'àmbito della distinzione, non rileva egualmente, trattandosi di stabilirne il senso e lo spirito. Poichè la questione che s'agita — l'applicabilità o meno dal principio *Nemo sibi causam possessionis*, ecc., e quindi la possibilità di giovarsi della comoda usucapione *pro herede* — non concerne tutta l'essenza della *possessio civilis* e *naturalis*, ma solo un momento di essa, la *iusta causa possidendi*, ch'è necessaria alla prima, laddove non esiste propriamente nella seconda.

È questo l'unico frammento che parrebbe esser favorevole alla teoria del Savigny, che possesso civile sia il possesso *ad usucapionem*. Non v'ha dubbio che la questione solo allora ha importanza, quando tale *possessio civilis* non costituisca se non uno stato di usucapione; ma che la *possessio civilis* non sia se non appunto lo stato di usucapione e i giureconsulti abbiano creato il termine non per altro che per designare un tale stato, è tutt'altra cosa, nè dal frammento di Giuliano tanto si ricava.

Si può invece da ultimo richiamare l'attenzione anche sopra un altro uso delle fonti. Tanto nelle specie significanti opposizione tra rapporto al mero fatto e rapporto volontario, quanto in quelle significanti opposizioni tra fatto e diritto, si usa talora anche nel nostro argomento *factum* in luogo

di *naturalis:* se non che il termine antitetico a *factum* è nel primo caso *animus* o *possessio* (1), nel secondo caso *ius* (2).

Ed ora, esaurito l'esame dei testi anche per quel che concerne l'essenza e lo spirito della distinzione, possiamo concludere quanto segue:

I. *Naturalis possessio* si usa in due significati: o per indicare uno stato di mero fatto in contrapposizione a uno stato in cui concorrano anche elementi volitivi e intenzionali, o per indicare uno stato di fatto in opposizione a uno stato di diritto. È usata o si può intendere usata nel primo senso nella L. 7, § 11, *comm. div.*; nella L. 1 pr.; nella L. 3, § 3; nella L. 3, § 13; nella L. 12, § 1; nella L. 49, *de a. vel a. poss.;* è usata nel secondo senso in tutti gli altri testi.

Nel primo significato essa non è mai possesso; ma *non una volta sola* si ritrova mai usata in opposizione alla *possessio naturalis* in questo significato la *possessio civilis:* si trova invece talvolta la *possessio* puramente e semplicemente. E poichè il termine *civilis* nelle fonti *romane* non si usa mai come contrapposto di *naturalis* per significare un'antitesi tra fatti meri e fatti volontari, *è chiaro che non si deve intruderlo a forza in questo caso contro le aperte risultanze delle fonti.*

Nel secondo significato non si guarda se la *possessio naturalis* sia o non sia possesso: in qualunque modo essa non è diritto. E in questo secondo significato, al contrario, in opposizione alla *possessio naturalis* non si usa mai *possessio* puramente semplicemente: si trova invece più volte *civiliter* o *iure civili possidere*, *civilis possessio.*

II. *Civilis possessio*, o analoghe espressioni, e per contrario *iure civili* NON *possidere*, significano in tutti i testi, in cui tornano, riconoscimento o rispettivamente negazione di uno stato di diritto.

---

(1) Cfr. L. 29, D. *de poss.*, 41, 2; L. 1, § 15, D. *si is qui test.*, 47, 4.
(2) Cfr. L. 1, § 4, D. *de poss.*, 41, 2; L. 38, D. *de V. O.*, 45, 1.

In conclusione, lasciando da parte il primo significato di *possessio naturalis*, l'antitesi *civilis-naturalis possessio* (*r*) significa con certezza semplicemente ed esclusivamente una antitesi tra fatto e diritto.

Ma in che si concretano cotesti due stati così recisamente opposti? Che mai possono considerare come diritto i Romani in cotesta materia del possesso? Intanto, combinando il risultato attuale col precedente, di una cosa si può star sicuri: che come diritto, come *possessio civilis*, i testi [nè del diritto classico nè del diritto giustinianeo] non intendono affatto di significare il possesso *ad interdicta* o possesso giuridico, come diciam noi. Pare piuttosto che si voglia designare a questo modo la *possessio ex iusta causa* (L. 2, § 1, D., 41, 5; L. 26, D., 24, 1). Ma perchè questa *possessio ex iusta causa* — che d'altra parte non si sa bene dove cominciare e dove terminare — sarebbe indicata come uno stato di diritto in contrapposizione a uno stato di fatto? E a quale bisogno, a quale scopo risponde una siffatta antitesi?

Di queste difficoltà la pura esegesi non offre la soluzione, e convien rivolgersi a contemplare da un punto di vista più elevato e generale l'istituto del possesso, per indurne lo scopo della distinzione, il momento giuridico reale e concreto, cui risponde nel pensiero dei giureconsulti romani.

4. La nozione del possesso presso i Romani è così nettamente separata dall'*esse in possessione* o *possessio corporalis* o *naturalis* che proprio su questo argomento non si potrebbe nutrire un istante il sospetto che alle volte si può ben affacciare nelle nostre materie; che, cioè, lo spirito sistematico moderno esageri il tecnicismo dei concetti e dei

---

(*r*) L'antitesi non è così netta. *Civilis possessio* si oppone tanto a *naturalis possessio* quanto a *possessio* semplicemente, ma sempre nel senso di soggiungere il carattere di legittimità. Si ha propriamente una gradazione *possessio naturalis*, *possessio*, *possessio civilis*, che nei greci, sparito il valore preciso della *possessio*, diviene φυσικὴ νομή, ἔννομος νομή, πολιτικὴ νομή.

termini romani. Su questo punto, invece, si può rilevare un fatto notevole: che i giureconsulti romani sono ben più tecnici e rigorosi dei romanisti moderni (*s*). L'uso di *possessio*, *possidere* puramente e semplicemente, senza alcuna aggiunta o avvertenza, per significare l'*esse in possessione* si può dire assolutamente estraneo alle fonti romane (1).

L'elemento che s'aggiunge alla *possessio corpore* per costituire la *possessio* vera è l'*animus possidendi* (2). La *possessio* vera, in altri termini, è un *habere pro suo* nel senso generico (3). Soltanto in alcuni casi specificatamente deter-

---

(1) Paolo rimprovera acerbamente Quinto Mucio per aver compreso sotto il titolo di *genera possessionum* una categoria generale ricomprendente anche l'*esse in possessione*.

Come i giureconsulti così il Pretore distingueva rigorosamente l'*esse in possessione* e la *possessio* vera. Cfr. L. 7, D. *damni inf.*, 39, 2.

(2) Jhering l'ha negato, ed ha preteso di sostituire all'*animus possidendi* cause specificatamente determinate. Ma se è possibile che in un tempo remotissimo i Romani concedessero la tutela possessoria solo per alcune cause determinate (*t*), certo essi hanno generalizzato in seguito tale difesa a tutti i possessori che avessero l'*animus possidendi;* talchè questo verrebbe ad esser requisito essenziale del possesso, anche se le nostre fonti non ne parlassero tanto come fanno. Del resto Jhering fu tratto alla sua originale teoria da concetti astratti, che da lungo tempo avevano troppo invaso e preoccupato lo spirito del grand'uomo. Il mondo è largo e c'è posto così per lo scopo, l'interesse e la teleologia, come per la logica e il ragionamento: la teleologia nel campo *de iure condendo*, la logica nel campo del diritto costituito. Quando i giureconsulti romani parlano di *utilitas* o *utilitatis causa*, essi parlano da legislatori, com'erano infatti, in una sfera, a mio avviso, non ancora ben determinata: il giureconsulto puro non conosce che la *ratio* e non può avere altro criterio. Lo scopo e il risultato utile può essere, tutt'al più, la riprova e l'ultimo sussidio dell'interpretazione giuridica. E così pure, c'è posto nel mondo giuridico tanto per l'elemento subbiettivo o la volontà, quanto per l'obbiettivo.

(3) Cfr. Celsus, L. 68 (67) pr., D. *de furt*, 47, 2.

(*s*) Questo pensiero fondamentale, il cui smarrirsi indica tutta la degenerazione e, si può ben dire, la distruzione dell'istituto romano del possesso è illustrato e svolto nello scritto precedente in questo volume della collezione: *Il punto di partenza*, ecc.

(*t*) Questa congettura svolta dal nostro insigne Riccobono nel suo antico scritto sul tema del possesso (*Arch. Giur.*, 1893), è, a nostro avviso, da escludere. *Possessio* è stata sempre nella coscienza romana, la signoria *animo et corpore*. Soltanto l'analisi dei due elementi è

minati una *possessio* senza *animus possidendi* è riconosciuta come possesso vero e proprio. Ma queste figure non si giustificano col fondamento istesso del possesso normale — qualunque esso sia — bensì per iscopi e motivi speciali; non subiscono estensioni a rapporti analoghi, non rientrano quindi nella nozione del possesso, che hanno soltanto contribuito largamente a confondere presso i moderni.

Senonchè, distinto e delimitato così lo stato di possesso vero e proprio, l'àmbito di esso è pure assai vasto. Certo il *minimum* di tale stato è il così detto possesso giuridico, costituito puramente e semplicemente dai due requisiti, la *possessio corpore* e l'*animus:* ma esso può ricomprendere egualmente il possesso di buona fede, l'*in bonis* nelle sue varie forme, il possesso provinciale e infine la proprietà.

Negli altri casi fuori del possesso puro e semplice nuovi elementi si aggiungono ai requisiti fondamentali del possesso. Nell'*in bonis* e nella *bonae fidei possessio* il nuovo elemento è la *iusta causa*, di cui la *bona fides* non è che un momento integrativo; si richiede, ad esempio, che la cosa fosse derelitta da un terzo, che la si sia comperata, e se ne sia acquistato indi il possesso, occupandola o ricevendone la tradizione. Nella proprietà, ben più che la *iusta causa*, è necessario tutto un acquisto regolare, di cui la *iusta causa* non è che un momento, o separabile, come nel caso della *derelictio*, o inseparabile. Prescindendo però dagli elementi speciali alla proprietà, v'ha un momento comune a tutti questi casi, che potrebbe già servire a ricomprenderli in una stessa categoria: tale momento è la *iusta causa*.

Ciò posto, avremmo precisamente due specie di possesso: da un lato il possesso puro e semplice, il nostro possesso giuridico, costituito dai due requisiti fondamentali;

---

opera della giurisprudenza. V. lo scritto precedente sul tema e per l'analisi della giurisprudenza l'opera del compianto mio discepolo Giovanni Rotondi, *Possessio quae animo retinetur* (nel volume per le onoranze a Giovanni Rotondi, 1920, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XXX). Il Rotondi dimostra le conseguenze veramente eccessive cui condusse nei tempi più tardi, cioè a datare da Paolo questa analisi.

dall'altro lato il possesso *ex iusta causa*. Ora che differenza hanno stabilito i Romani tra le due specie? Diciamolo subito: i Romani hanno stabitito tra i due possessi precisamente tal differenza che fa dell'uno un vero diritto, dell'altro un rapporto di fatto produttivo di effetti giuridici, e anche solo eventualmente, cioè solo intervenendo altri fatti.

Esaminiamo, per dimostrar la nostra tesi, le due specie di possesso, incominciando dalla *possessio ex iusta causa*.

La questione riguarda naturalmente non la proprietà, ma i casi di mero possesso *ex iusta causa*, costituenti nel diritto classico ora un *in bonis*, ora una *bonae fidei in possessio* in senso stretto. In tutti questi casi il possesso era, non altrimenti che la proprietà, difeso contro i terzi mediante vere azioni. Erano azioni di varia natura, in genere fittizie.

Ma, per qualunque azione avvenga, cotesta difesa ha una efficacia assoluta, *erga omnes*, ove s'abbia la *iusta causa* rispetto al proprietario vero, cioè ne' casi proprî dell'*in bonis;* cede solamente di fronte al proprietario vero, quando s'abbia rispetto a chi non era proprietario, cioè nella *bonae fidei possessio* in stretto senso. In qualunque caso però, riuscendo, essa ha la portata istessa della *rei vindicatio;* poichè, o per la finzione o per altro spediente, il giudice è obbligato a seguire nella condanna del convenuto le stesse norme della *rei vindicatio.*

Si può dire perciò che la mera *possessio ex iusta causa* fosse diventata un diritto? Non v'ha dubbio per l'*in bonis* propriamente detto. Il titolare dell'*in bonis* è sostanzialmente il proprietario della cosa. Se invero il suo rapporto colla cosa tradisce il vizio d'origine e la struttura possessoria, per l'assoluta impotenza a tutti gli effetti che trascendono il godimento e il possesso (1), e quindi costituisce

(1) Non si può manomettere lo schiavo, non si può legare la cosa *per vindicationem*, ecc.

una proprietà di natura meno perfetta e meno ricca della proprietà normale, certo è che esso prevale a qualunque altro rapporto sulla cosa, e il dominio quiritario — cui si conserva questo titolo d'onore come ai sovrani decaduti — è in una posizione tanto subordinata, che si può dire non abbia sulla cosa alcun diritto patrimoniale: sebbene qualche notevole diritto extrapatrimoniale gli sia per riserbato.

Nè i Romani consideravan la cosa altrimenti. Lasciamo da parte il dubbio appellativo *dominus*, che veramente in Gaio, fonte genuina, pare a bello studio schivato. Ma la sostanza del dominio è indicata precisamente dall'espressione *in bonis rem habere. Bona* significa patrimonio o elementi del patrimonio (1). *In bonis habere* pertanto s'usa per dire che si ha un diritto patrimoniale o di godimento in generale (2). Quando si tratti di diritto sulle cose, è una certa utilità della cosa (*usus fructus*, *usus*, *iter*, ecc.). che si ha *in bonis*, o anche si dice che si ha *in bonis* la cosa nei limiti di quella utilità, colla caratteristica insomma che essa conferisce alla cosa (fondo *vettigale*, *usufruttuario*, *superficiario*, ecc.). Gli è solamente trattandosi del diritto di proprietà che si ha *in bonis* la *cosa*, perchè essa appartiene al titolare sotto tutti gli aspetti; egli può, attualmente o eventualmente, esercitar su di essa tutte le facoltà *giuridicamente* possibili. E *in bonis habere rem* è usato le mille volte nelle fonti per dare a intendere che si è proprietari

---

(1) In senso più lato qualunque elemento della natura utile all'uomo, anche se, per una ragione qualsiasi — la sua abbondanza ad esempio —, il godimento non ne sia regolato dal diritto.

(2) Cfr., ad es.: Ulp., L. 1, §§ 11-12, D. *de coll. bon.*, 37, 7; Paul., L. 2, § 1, D. *ibid.;* L. 12, D. *de usu et usufr. et red.*, 33, 2; Jul., L. 3, § 2, D. *de coll. bon.*, 37, 6; Javol., L. 28, D. *de reb. auct. iud.*, 42, 5; c. 6 Cod. *coll.* 6, 20. — Peculio: pr. J., *Quib. non est. perm.*, 2, 12. — Dote: Triphoninus, L. 75, D. *de i. d.*, 23, 3; Afric., L. 4, D. *de coll. bon.*, 37, 6; Ulp., L. 1, § 9, D. *de coll. dot.*, 37, 7. — Tit., *Ad Leg. Falc.* e *ad S. C. Treb.* passim. — Un semplice diritto di aspettativa, come la sostituzione *extra nostra bona est;* Paul., L. 42, D. *de a. r. d.*, 41, 1.

della cosa (1): a torto qualche volta si è confusa l'intelligenza del testo per veder con questa formula significato l'*in bonis* nel senso usuale (2). *In bonis* è insomma un'espressione perfettamente analoga al *pertinere* riferito alla cosa, perfettamente analoga all'espressione *res mea est*, che si giustifica pure, per mio avviso, allo stesso modo: e non mancano passi delle nostre fonti, nei quali *in bonis esse* e *res mea est* si scambiano indifferentemente (3).

Ma se l'*in bonis* è certamente dominio per la sostanza e la funzione sua, anche la *bonae fidei possessio* non cessa d'essere almeno un vero diritto sulla cosa. La difesa che il *bonae fidei possessor* consegue è, sotto un certo aspetto, illimitata e assoluta anch'essa: *etiamsi* CASU *amiserit possessionem*. E anche di fronte al proprietario non è che gli sia negata l'azione: piuttosto può esser negata a questo l'*exceptio iusti dominii*, destinata a renderla inefficace. Comunque, il possesso di buona fede consegue anco di fronte alla proprietà importanti effetti: tale possessore acquista i frutti e gli acquisti dello schiavo compiuti *ex re sua vel ex operis eius* (4).

Ma il possesso di buona fede è certamente riguardato come un diritto sulla cosa dai giureconsulti romani. Io non

---

(1) V. i testi nello studio *Sul così detto dominio bonitario*, ecc. [nel vol. II di questa collezione, pag. 370 e seguenti].

(2) Per es. nella L. 9, § 6, D. *quod. m. c.*, 4, 2, nella L. 5, D. *pro der.*, 41, 7.

(3) Per es. nella L. 16, § 2, D. *de evict.*, 21, 2.

(4) Questi effetti hanno precisamente importanza di fronte al proprietario. Di fronte a qualunque terzo che non sia il proprietario il possessore di buona fede consegue la condanna piena del convenuto, senza alcuna limitazione. Gli è perciò che una stessa azione, come la *Publiciana*, può servire a tutela tanto dell'*in bonis*, quanto della *possessio bonae fidei*, senza che ci sia nemmen bisogno di pensare a una formula diversa. L'unica differenza tra i due istituti deriva dalla circostanza che il possesso di buona fede ha una specie di fianco indifeso dalla parte del proprietario. Fino al momento in cui non ha ceduto davanti al proprietario il possessore di buona fede, conservi o non conservi il possesso, ha diritto per lo meno ai frutti e alle opere dei servi; da quel momento cessa di esistere.

posso qui valermi in tutto di una diligentissima analisi circa la evoluzione della *possessio bonae fidei* fatta dal Jhering (1), perchè, relativamente alla presente questione, mi par che il grand'uomo non distinguesse bene il possesso di buona fede come diritto e come rapporto giuridico o causa. Egli mostrò nel suo celebre studio che una serie di azioni, collegate originariamente alla proprietà, sono state estese via via al possesso di buona fede e anche agli altri *iura in re aliena*. Sono state estese al possesso di buona fede, in favor del possessore l'*actio communi dividundo* e l'*actio legis Aquiliae*, quest'ultima concepita *in factum;* contro di lui l'obbligo alla sola *repromissio*, invece che alla *satisdatio*, nella *cautio damni infecti*; l'*actio quod iussu:* l'*actio de peculio;* l'*actio tributoria;* l'*actio exercitoria* e infine le azioni nossali. Non sono state estese a suo favore la *cautio damni infecti*, l'*actio in factum ob mortuum illatum*, l'*actio de servo corrupto*, e la *quaestio familiae* introdotta dal senatóconsulto Silaniano.

Ma l'estensione di queste azioni non riguarda in generale il possesso di buona fede come diritto, bensì come rapporto giuridico o causa. In tutte coteste azioni — salvo l'*actio communi dividundo* — la proprietà era, come può avvenire di qualunque diritto, causa remota o concomitante per il sorger di diversi diritti a favore del titolare o di altri. Il diritto di conseguire un risarcimento, come anche l'obbligo di prestarlo in certe determinate lesioni che provengono da una cosa, richiede come condizione o causa, in primo luogo, naturalmente, che la lesione sia recata alla cosa o dalla cosa, in secondo luogo la proprietà della cosa. Ora, prescindendo dalla proprietà, non si può dire se siasi voluto prescindere *dal diritto* in genere, come presupposto e condizione, ovvero *dal diritto di proprietà* in ispecie. Le azioni nossali, ad esempio, sono state estese anche contro

(1) *Die Consolidation der b. f. possessio und der iura in re aliena durch die Analogie des Eigenthums*, nelle *Abhandlungen aus dem röm. R.*, Leipzig 1844.

il possessore di mala fede; e non per questo viene ad esser un diritto il possesso di mala fede.

Tuttavia non è a dissimulare che questa ricca serie di effetti giuridici, in cui la *possessio bonae fidei*, sia pure come causa, è equiparata al dominio della cosa, mostra evidentemente che la si riguarda come un concetto giuridico di natura molto analoga al dominio stesso.

Ma più schietta e decisiva efficacia hanno altri argomenti testuali, recati pure dal Jhering e dal Brinz (1). La *possessio bonae fidei* costituita in dote dal padre vale effettivamente come *dos profecticia* (2). L'alienazione d'un fondo posseduto in buona fede è proibita al tutore, non altrimenti che l'alienazione d'un fondo proprio del pupillo (3). Le *res bona fide possessae* sono annoverate nel giudizio *familiae erciscundae* accanto alla *res quae nostri patrimonii sunt*, ai fondi vettigali e superficiari (4). Si dice che esse possono servire di sicurtà al legatario, non altrimenti che la proprietà e i fondi vettigali, mentre non possono servire a tale scopo le cose depositate o commodate al defunto « quia non sunt istae *res hereditariae* », cioè non appartengono al *patrimonio*, costituente nel caso un'eredità. E mi pare che queste testimonianze bastino a dimostrare il carattere essenzialmente giuridico e il valore patrimoniale attribuito dai Romani alla *bonae fidei possessio:* sicchè ometto di ricordare accenni più vaghi e facilmente contestabili delle fonti.

Un solo testo non credo opportuno di passar sotto silenzio, perchè potrebbe dir troppo. È la L. 49, D. *de v. s.*, di Ulpiano:

« Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos

---

(1) Brinz, *Zum Rechte der b. f. possessio* (*Festgabe für Arndt's Jub.*), München 1875.

(2) L. 6, § 1, D. *de i. d.*, 23, 3. Cfr. L. 5, § 5, *ibid.*

(3) L. 5, § 2, D. *de reb. eor.*, 27, 9.

(4) L. 10, D. *fam. erc.*, 10, 2.

faciunt: beare est prodesse (Civiliter bona nostra sunt ea quae habemus *Mo.*). In bonis autem nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur » (*u*).

Il Jhering deduce da questo frammento che il *bonae fidei possessor* abbia *in bonis* la cosa e il Brinz che sia precisamente domino bonitario anch'esso.

Ora a me non pare che Ulpiano potesse dir cosa simile, nè che la voglia dire. Egli vuole, al solito, far intendere che è *in bonis*, che fa parte del nostro patrimonio, anche la *bonae fidei possessio* e la superficie come diritto reale; cioè la cosa stessa in entrambe le ipotesi, ma nella misura dei diritti che conferiscono su di essa la *bonae fidei possessio* e la superficie, misura indicata dalla qualifica della cosa.

E forse ciò si avverte per togliere l'adito a ogni dubbio che questi due stati non costituiscano diritti sulla cosa e quindi non istabiliscano in una certa misura una pertinenza della cosa stessa al subbietto.

Ma che la *cosa* stessa sia *in bonis* del possessore di buona fede Ulpiano non lo può dire. Non solo urterebbe contro la verità e la logica, non solo sarebbe in contraddizione con Gaio, ma contraddirebbe se stesso, poichè è lo stesso Ulpiano che in un'altra legge del Digesto, ripetuta nelle Istituzioni, afferma che il *bonae fidei possessor* non ha la cosa *in bonis* (1).

Checchè sia di ciò, tanto mi pare si debba ritenere come certo: che la *bonae fidei possessio* è un diritto, e come tale i Romani se la rappresentano.

---

(1) L. 2, § 22, D. *vi bon. rapt.*, 48, 8 (= § 2, I, *ibid.*, 4, 2).

(*u*) In questo testo, a mio avviso, è interpolata la solenne enunciazione iniziale *bonorum appellatio*, ecc., ed è errata l'integrazione del Mommsen, che ad essa fa riscontro (V. vol. I di questa collezione, pag. 244, nota 2).

Precisamente il contrario mi sembra invece che risulti circa il possesso giuridico, o quel possesso che riunisce solo i due momenti essenziali alla sua nozione: e sempre, sia che si consideri l'essenza della cosa, sia che si dichiari il pensiero dei Romani.

Il possessore è difeso. Benissimo; ma non è difeso *etiamsi* CASU *amiserit possessionem.* Conviene che la turbativa o perdita ch'egli patisce costituisca una lesione speciale con determinati caratteri: il terzo contro cui si può reclamare non è un qualunque terzo, ma precisamente colui che compie una *volontaria* violazione dell'attività del possessore in ordine alla cosa. Ora se così è, cotesta difesa procede per lo meno tanto dal possesso, quanto dall'atto del terzo che viola il possesso: ossia il possesso di per sè solo non è causa sufficiente della sua difesa. Ma ciò torna a dir precisamente che il possesso non è un diritto, perchè ogni diritto è causa sufficiente della sua difesa.

Che cosa è adunque il possesso? Abbiamo un rapporto colla cosa, il quale, quando sia turbato o annientato mediante atti qualificati di un terzo, ingenera il diritto di ottener cessazione della turbativa, reintegrazione e risarcimento da questo terzo, che l'ha *in quel dato modo* violato; diritto che nei diversi casi, distinti non solo dalla natura della lesione obbiettiva, ma anche dal carattere appunto dell'atto che la cagiona, è garentito da diverse azioni contro la persona che ha commesso quell'atto. Il possesso di per sè, adunque, non è che un fatto o rapporto di fatto produttivo di effetti giuridici, una causa di diritti insomma, e anche una causa eventuale, come potrebb'esser la parentela, perchè a ingenerar quei diritti c'è bisogno di altri elementi giuridici.

Che poi, finchè io mi trovo in rapporto colla cosa, finchè io non ho perduto per quelle cause o per altre cause eventuali il possesso, io fruisca dei vantaggi che il possesso procura e che sono in fondo i vantaggi del dominio, è un fatto estragiuridico e insignificante per noi: che il diritto

lo tolleri non vuol dire che lo protegga. Si dirà forse che il diritto protegge il concubinato, perchè non impedisce a Tizio di tener seco una donna che non è sua moglie? E questa donna può ben esser pure, finchè il marito non si quereli, la « donna d'altri » della legge mosaica; si dirà che il diritto protegge l'adulterio? Niente affatto: ciò vuol dire che il diritto non ha convertito questi atti in veri delitti pubblici, come un fiero tutore della moralità vorrebbe fare per l'adulterio (1).

Ma che i Romani abbiano poi considerato il possesso giuridico appunto in questo senso, come un rapporto di mero fatto, produttivo eventualmente di effetti giuridici, si rileva chiaramente dalla coerenza che essi dimostrano in quelle applicazioni, in cui l'efficacia d'un rapporto giuridico di mero fatto diverge essenzialmente da quella d'un diritto; e si rileva altresì da una serie di testi, nei quali, per un verso o per l'altro, si batte sempre su questa natura di fatto del possesso.

Il possesso non è restituito dal *ius postliminii*. Perchè? Il motivo recato concordemente da Papiniano e Trifonino e nella sostanza da Giavoleno è appunto questo, che il possesso è una *causa facti* (2).

Nè si voglia cavillare, come s'è fatto, sul concetto e sull'espressione. Altre applicazioni, più singolari forse del possesso, mostrano che idea chiara e distinta i Romani avessero della *causae facti* e con che rigor di logica procedessero. La *patria potestas*, comunque stabilita, viene ben ripristinata dal *ius postliminii*, non così il matrimonio: per questo, fa mestieri d'un nuovo consenso degli antichi sposi (3).

---

(1) Lombardo, *L'amore nel diritto*, Messina 1893. — S'intende, l'adulterio della donna; poichè i moralisti conservatori non intendono altra moralità se non quella della donna.

(2) Pap., L. 19, D. *ex quib. caus.*, 4, 6; Trhyph., L. 12, § 2, D. *de capt. et postl. rev.*, 49, 15; Iav., 23, § 1, D. *de acq. vel am. p.*, 41, 2.

(3) Paul., L. 8, D. *de capt. et postl. rev.*, 49, 15; Pomp., L. 14, § 1, *ibid.*

Perchè, appunto, la patria potestà è un diritto, il matrimonio non è che un rapporto giuridico di mero fatto, stabilito da due momenti perfettamente analoghi ai momenti costitutivi del possesso, cioè l'*affectio maritalis*, che risponde all'*animus possidendi*, e la convivenza effettiva nella casa del marito (1), che risponde alla *corporalis possessio;* e, come il possesso, perdura, finchè le sue condizioni di fatto perdurano (2).

Un'altra conseguenza della natura di fatto del possesso è che esso non trapassa all'erede. In forza dell'adizione noi siamo investiti di tutti i diritti del defunto, ma la *possessio*, dice Giavoleno, *nisi naturaliter comprehensa ad nos pertinet* (3); il possesso di buona fede, in quella vece, per la sua natura di diritto, trapassa nell'erede, e anco, in base al senatoconsulto Trebelliano, nel fedecommissario, al quale

---

(1) Anche questa è necessaria, e ne è argomento l'impossibilità del matrimonio tra assenti, qualora assente sia la donna, e non possa quindi aver principio colla *in domum deductio* la vita maritale (cfr. L. 5, D. *de ritu nupt.*, 24, 2). Il che mostra quanto sia falsa l'assunzione del matrimonio romano nella categoria dei contratti consensuali, come del resto è falsa in generale per diritto romano l'idea comune che fa del matrimonio un contratto (Vedi nota seguente). Avvertasi pure che la *in domum deductio* non è perciò una forma più di quel che sia forma l'apprensione della cosa rappresentata dall'*occupatio* o dalla *traditio*.

(2) Per la dimostrazione che il matrimonio è un simile rapporto, non un contratto, vedi il bel libro di Manenti, *Dell'inopponibilità di condizioni al matrimonio*, cap. I, Siena 1889.

(3) Iavol., L. 23 pr., D. *de poss.*, 41, 2. — Queste analogie mostrano con estrema evidenza che v'ha un principio, alla stregua del quale i Romani procedono, e che tal principio è la natura di fatto del rapporto possessorio: non è quindi esatto ciò che, sulle orme del Becker, asserisce il Windscheid, il quale pure non disconosce che il possesso è un rapporto giuridico, non un diritto: « non potersi discernere un principio, a stregua del quale il diritto romano proceda nell'ammettere come esistente il possesso, benchè non esista effettivamente. Così *nulla avrebbe, ad esempio, impedito al diritto romano di dichiarare il possesso trasmissibile agli eredi ed oggetto del postliminium, il che non ha fatto* » (Windscheid, *Pand.*, vol. I, § 148, pag. 484, n. 11; trad. Fadda e Bensa, pag. 38).

pure compete senz'altro l'azione Publiciana, appena operata la restituzione a suo favore (1).

Un altro argomento di questa natura del possesso si ricava, a mio avviso, dalla L. 17, § 1, D. *de a. p.*, 41, 2:

« Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere ».

Cuiacio tenta di superare le difficoltà di questa legge con dire che alla trasmissione del dominio occorrono certi modi, mancipazione, tradizione, ecc. (2). Ma è chiaro che per quelle cose le quali si trasmettono colla sola tradizione (e in diritto giustinianeo sono tutte) non v'è altro modo per l'acquisto del dominio se non l'acquisto del possesso; e quindi, sempre che si voglia, pare che il dominio debba passare a un tempo col possesso, e se la tradizione del possesso si attua mediante costituto possessorio, nello stesso modo passa anche la proprietà.

---

(1) Che invece l'usucapione si compia a favor dell'erede, nonostante che questo non abbia preso possesso, prima ancora dell'adizione, è principio di diritto singolare; perchè al decorso dell'usucapione sarebbe necessaria anche la *possessio corpore* (Pap., L. 44, § 3, D. *de us.*, 41, 3: « sed haec iure singulari recepta sunt »: cfr. anche Ner., L. 40, *ibid.*, « constitutum est »). E il possesso della cosa tenuto dal defunto giova pure all'erede ulteriore « quamvis medius heres possessionem eius nanctus non sit » (L. 2, § 18, D. *pro empt.*, 41, 4). Il principio stesso era anche contrastato (Cfr. Ulp., L. 13, § 4, D. *de a. vel a. p.*, 41, 2). Simile eccezione non è stata poi ammessa circa il *ius postliminii* (L. 19, D. *ex quib. caus.*, 4, 6; L. 12, § 2, D. *de capt. et postl.*, 49, 15; Iav., 23, § 1, D. *de p.*, 41, 2: « sequitur ergo ut reversis his nova possessione opus sit, *etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit:* l'ultimo inciso allude alla limitazione posta al principio nella successione ereditaria). Evidentemente non c'era nel caso del *ius postliminii* una ragione di così grande utilità o necessità come per la successione ereditaria.

(2) Cfr., ad es., *Comm. in Quaest. Pap.*, lib. IX, ad L. 66, *de proc.*, Opera, Neap. 1722, IV, 194; lib. XIII, ad L. 19, *Ex quib. caus. mai.*, IV, 342; lib. XXIII ad L. 44, § ult., *De a. vel a. p.*, IV, 626; *in Defin. Pap.*, lib. II, ad L. 45, *De a. vel a. p.*, IV, 1457; *Comm.*, L. 17, *De a. vel a. p.*, VIII, 280 ecc.

Ma io credo che la difficoltà del testo sparisca e la differenza posta dal giureconsulto tra il dominio e il possesso appaia manifesta, qualora, sempre, si ponga mente a questo: che la proprietà è un diritto e il possesso invece un rapporto di fatto. Come diritto che essa è, non solo per la proprietà si richiede una *iusta causa*, ma se la *iusta causa* non è riconosciuta dalla legge, questa può non riconoscere il passaggio del diritto, rifiutando la garantia giuridica all'acquirente. Tizio acquirente non diventa proprietario, per quanto la mente e il proposito di Caio sia di dargli la cosa. La donazione fatta dal coniuge al coniuge, la vendita fatta dalla donna ad un terzo *sine tutoris auctoritate* non sono *iustae causae:* il coniuge o il terzo non acquistano per esse alcun diritto sulla cosa.

Il possesso invece, come rapporto di fatto, è assolutamente indipendente dalla causa; quindi il coniuge donatario, colui che compera dalla donna senza l'*auctoritas* del tutore non può esser che non possiedano; e per contrario, il coniuge donante e la donna venditrice, per quanto si debbano considerare come proprietari, perchè conservano la *rei vindicatio*, non si può dire assolutamente che possiedano.

Similmente la legge può stabilire che chi derelinque la propria cosa non ne perda la proprietà: tale era nel diritto romano la dottrina dei Proculeiani (1). E reciprocamente essa può dichiarare che chi occupa una *res derelicta* non ne diventa proprietario, ossia che la *derelictio* non vale affatto come *iusta causa.* Ma quanto al possesso non si può assolutamente negare che esso è perduto dall'una parte e acquistato dall'altra.

E che il pensiero di Ulpiano miri sinceramente a questo, se n'ha una riprova evidentissima precisamente nel testo fondamentale di Paolo relativo al possesso del coniuge donatario, che nel pensiero e nelle parole istesse è all'uni-

(1) L. 2, § 1, D. *pro der.*, 41, 7.

sono col frammento di Ulpiano. Paolo dopo aver detto (1) che la moglie donataria possiede « *quoniam res facti infirmari iure civili non potest* » soggiunge, come Ulpiano: « Et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, *ubi noluit possidere*, protinus amiserit possessionem? ».

Come si vedè, è sempre sullo stesso momento che si batte: il possesso è un fatto, sull'essere o il non essere del quale il diritto non può avere alcuna influenza: precisamente come — si torna sempre al solito efficace paragone — il diritto non può fare che divorzio non vi sia, quando il marito o la moglie non serbino più l'*affectio maritalis*. E sia pure che il diritto determini qui le sue *iustae causae*. Esse non hanno valore di annullare il fatto divorzio, e se la legge vuole che n'abbiano alcuno, deve ricorrer per forza a comminare delle pene per questo fatto.

V'ha infine una serie di testi, nei quali il possesso è di nuovo predicato come un fatto. Ma le applicazioni non sono tanto caratteristiche, e ciò ha dato modo ai fautori dell'opinione che il possesso è un diritto di respingere quelle testimonianze: si giunge a rimproverare Paolo o altri di aver addotto un motivo di tal genere, quando le cose si potevano spiegare altrimenti in guisa più semplice. E sia pure, anzi tanto meglio: ciò vuol dire che l'intelletto romano è irresistibilmente portato a considerar come il carattere più pregno e saliente e il momento più significativo del possesso questo: che esso è una *res* o *causa facti* o, come conviene dir noi, un rapporto di fatto. Così, Ofilio e Nerva giustificano il possesso del pupillo con dire ch'ell'è cosa di fatto, non di diritto (2); Paolo riconosce che il coniuge donatario possiede, perchè una cosa di fatto non può esser invalidata dal diritto (3); Pomponio afferma che

(1) L. 1, § 4, D. *de p.*, 41, 2.
(2) L. 1, § 3, D. *de p.*, 41, 2.
(3) L. 1, § 4, D. *de p.*, 41, 2.

l'usufruttuario può esperire l'interdetto quasi possessorio per l'*iter*, se pur non può l'azione confessoria, perchè nel primo è questione del fatto, nella confessoria del diritto (1).

Contro questo risultato le obbiezioni non sono che fallacie ed equivoci, nascenti dalla confusione straordinariamente comune tra rapporto giuridico e diritto. Come al dominio, così al possesso occorre capacità della persona, capacità della cosa: lo schiavo non possiede, non si possiede una cosa fuori commercio. È naturale, poichè il possesso è un rapporto giuridico. Io l'ho paragonato al matrimonio, col quale esso ha una straordinaria analogia. Anche il matrimonio naturalmente presuppone la capacità giuridica, ed inoltre una capacità speciale e assenza d'impedimenti, nell'uomo e nella donna, rispettivamente obbietto e subbietto del rapporto e dei diritti nascenti da esso; eppure è tanto un fatto mero che, cessata l'*affectio maritalis*, il vincolo è sciolto, e non c'è virtù di legge che valga a farlo considerar come perdurante: si può punire severamente il divorzio, come han fatto gli imperatori cristiani, qualora esso avvenga fuori delle *causae* o *iustae causae* legalmente riconosciute, ma dichiararlo nullo, considerare i due divorziati come coniugi, così come costruito e concepito dai Romani il matrimonio, non si può.

Il motivo è quello stesso del possesso: *res facti infirmari iure civili non potest.*

Quando pertanto Papiniano ci ammonisce che il possesso « *plurimum ex iure mutuatur* » (2), che esso « non tantum corporis, sed et iuris est » (3), egli non fa precisamente che avvertire questo: che il possesso è un fatto o un rapporto assunto dal diritto e soggiace quindi alle regole comuni dei rapporti giuridici.

---

(1) L. 2, § 3, D. *si serv. vind.*, 8, 5.
(2) L. 49 pr., D. *de p.*, 41, 2.
(3) L. 41, § 1, *ibid.*

Quanto ai testi, in cui si parla di *ius* o *iura possessionis*, essi dicono ancor meno (1). Se il possesso può esser causa di diritti, sia pure eventualmente, nulla di mirabile che si parli di *iura possessionis:* saranno, è vero, diritti eventuali, come i soliti diritti di aspettativa. Ma i testi ove l'espressione ritorna mi par che abbiano tratto non tanto agli interdetti o alle conseguenze del mero possesso giuridico, quando esso sia violato, quanto alle conseguenze del possesso basato su di una *iusta causa*, che sono il godimento assoluto e garentito della cosa stessa (*v*). Ciò è evidentissimo nel seguente testo di Ulpiano: « Habere eum dicimus qui utitur et *iure possessionis* fruitur, sive ipse opus fecit, sive *ex causa emptionis* vel conductionis (2) *vel legato vel hereditate vel quo alio modo adquisiit* » (3). E nella costituzione seguente di Alessandro Severo, ove si parla di una schiava alienata dal fisco a un privato, la quale pretende di esser libera:

« Probationis sane onus, cum ex servitute in libertatem adseritur, ad se (*Iust.* adsertor *Kr.*) recipit. Qui si adfirmationem suam non impleat, *inconcussum possessionis ius* obtinebit » (4).

La conclusione di tutta questa disamina sull'istituto del possesso in generale egli è dunque che abbiamo nel diritto

---

(1) Sono i seguenti: « Pap., L. 44 pr., D. *de p.*, 41, 2; Ulp., L. 3, § 38, D. *ne quid in l. p.*, 43, 8; Marcian., L. 5, § 1, D. *ad leg. Iul. de vi pub.*, 48, 6; Alex., L. 5, Cod. *de lib. c.*, 7, 16.

(2) Con queste parole *ex causa conductionis* potrebb'essere che si alluda agli *agri vectigales* o alla *superficies*, in cui la *iusta causa* dell'*habere* e del diritto reale di enfiteusi o di superficie è veramente o può essere la locazione.

(3) L. 2, § 38, D. *ne quid in l. p.*

(4) L. 5, Cod. *de lib. causa.* — Cfr. anche il testo abbastanza caratteristico di Ulpiano: « vincet tamen *iure* quo possessores sunt potiores, licet *nullum ius* habeant » (L. 5, D. *si usufr.*, 2, 6).

(*v*) Varî di questi testi sono probabilmente interpolati, perchè i compilatori hanno veramente inteso di riavvicinare sostanzialmente e formalmente il più che fosse possibile il possesso ai diritti, come hanno dimostrato l'Albertario e il Rotondi negli scritti più volte citati. Nei tardi bizantini la tendenza si accentua maggiormente e la νομή diventa ancor più regolarmente δίκαιον νομῆς.

romano un'antitesi tra due specie di possesso: l'uno ch'è veramente un diritto garentito mediante azione, e come tale è riconosciuto e trattato dai Romani; l'altro, ch'è un mero rapporto di fatto, da cui solo eventualmente possono scaturire diritti, quando sia in una determinata guisa violato, e dai Romani è coerentemente trattato come un rapporto di fatto e tale dichiarato costantemente. Il possesso come diritto può essere indifferentemente la *bonae fidei possessio* o l'*in bonis* (nel diritto classico) o la *possessio* dei fondi provinciali o la stessa proprietà: in generale, è il possesso basato sopra una *iusta causa*. Il possesso come fatto è, in opposizione a questo, il possesso interdittale o giuridico, nel quale concorrono i due momenti essenziali, ma fa difetto la causa.

Come si vede, la distinzione coincide esattissimamente coll'àmbito, col senso della *civilis possessio* e della *naturalis possessio* [o, meglio, della *possessio* mera]: e poichè dei due stati antitetici l'uno è costruito effettivamente come un diritto, l'altro no, è manifesto lo scopo e l'utilità di una formula congrua per la distinzione (1). Non la difesa interdittale adunque costituisce il criterio discretivo; ma nemmeno l'usucapione, alla quale i giureconsulti non pensan mai, mentre ricomprendono nella *possessio civilis* anche la

---

(1) Non significa però una simile antitesi la L. 10, Cod., *de poss.*, 7, 32: « Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae *iure* consistit, aliam quae *corpore*, utramque ita demum esse legitimam, ecc. ». Codesta legge è stata malamente mescolata nella nostra materia e fraintesa dai Glossatori, per cui la *possessio quae iure consistit* era la *possessio civilis*, cioè, com'essi intendevano questa, una *possessio animo solo*, e dallo stesso Cuiacio (V. in seguito la citazione dei passi di Cuiacio relativi al nostro argomento). Essa si riferisce invece all'antitesi tra possesso della cosa e possesso dei diritti, cioè degli altri diritti sulle cose. Cfr. L. 2, § 3, D. *de prec.*, 43, 26: « Possessionem vel *corporis* vel *iuris* adeptus est ».

Cupero ha dato per il primo la giusta interpretazione di questo testo (*De natura possessionis*, P. I., c. IV); interpretazione la quale, come osserva il Savigny (*Possession*, pag. 129), toglie di mezzo la possibilità di qualunque altro errore.

proprietà (1). Volendo mettere in rilievo quello ch'è per me il momento caratteristico, io definirei la *possessio civilis* come quel possesso, il quale è riconosciuto e garentito dal diritto mediante azione: sia la *rei vindicatio* o l'azione Publiciana o, nel diritto classico, una delle molteplici azioni stabilite a difesa dell'*in bonis*, oltre la Publiciana (2).

La distinzione è assolutamente romana, perchè solo il diritto romano conosce un possesso garentito mediante azione contro qualunque terzo, onde soltanto la giurispru-

---

(1) Viceversa, la *possessio civilis* può non bastare all'usucapione. Come diritto, il possesso civile astrae dalla relazione materiale colla cosa e non implica necessariamente la *possessio* vera e perfetta, *animo et corpore*, di essa, cioè la *possessio naturalis* in questo senso; la quale è invece requisito indispensabile dell'usucapione. Chi ha perduto il possesso, che teneva *ex iusta causa*, continua a possedere *civiliter* e può intentare l'azione Publiciana o altra, se non ha la *rei vindicatio;* mentre è pur certo che il possesso *ad usucapionem* ha subìto una *naturalis interruptio*. L'erede acquista regolarmente coll'adizione la *possessio civilis*, senza apprensione materiale della cosa, e può esperire l'azione Publiciana, se la cosa è in mano d'altri; ma che l'usucapione proceda, senza ch'egli materialmente possegga la cosa, è solo, come si vide, un *ius singulare*. Insomma, di regola, insisto su ciò, l'usucapione o acquisto mediante il possesso, come la parola significa, esige anche la *possessio naturalis*, cioè la vera *possessio*, che non è sempre congiunta alla *civilis*. « *Sine possessione usucapio contingere non potest* »; tale è il principio generale dei giureconsulti romani (L. 25, D. *de us.*, 41, 3); con questo solo che nell'elemento corporale si può esser rappresentati da un terzo che possegga in nostro nome (L. 3, § 12, D. *de a. vel a. p.*, 41, 2: « animo nostro, corpore etiam alieno possidemus) ». Ed egli è anche per questa ragione, senza dubbio, che la *possessio civilis*, la quale pure ricomprende la possessio *bonae fidei*, non si adopera mai per significare il possesso ad *usucapionem*.

Circa la divisione del possesso, *ad usucapionem* e *ad interdicta*, tra il debitore e il creditore pignoratizio, v. in seguito la critica alla dottrina del Savigny. In generale dichiaro sin d'ora che se il debitore continua l'usucapione non è già, a parer mio, perchè egli conserva la *possessio civilis*.

(2) Il significato e l'àmbito della *possessio civilis* possono, mi pare, servir di nuovo come argomento che la *possessio* rappresenta presso i Romani nel modo più schietto il contenuto della proprietà, e l'*animus possidendi* è l'animo del proprietario. Come si vede infatti, basta aggiungere l'epiteto *civilis*, e la *possessio* viene a designare la proprietà e rapporti analoghi.

denza romana poteva concepire un'opposizione tra questo e il possesso interdittale, che non si confondesse colla distinzione tra possesso e proprietà. Nel diritto nostro non esiste un possesso difeso mediante azione, per quanto una tradizione errata pretenda ancora intrudere nella pratica, senza nè base nè scopo, l'azione Publiciana o un'azione analoga ad essa nella sostanza.

5. Ed ora uno sguardo alle varie opinioni. Per quanto il punto fondamentale della questione sia rimasto, per mio avviso, celato in tutte le opinioni messe e rimesse in campo, e per quanto, a cagione fors'anco di questo, le oscillazioni sieno maggiori che in altre dottrine, nondimeno, poichè la distinzione si poteva cogliere da più lati, si osserva anche nella dottrina della *civilis-naturalis possessio* quel consolante movimento progressivo, per cui la storia è sempre un'utile scuola, sia pure storia di concetti specialissimi.

L'antichissimo concetto è una costruzione in tutto e per tutto fallace. Si distinguevano tre specie di possesso: *possessio naturalis tantum*, *civilis e naturalis*, *civilis tantum*. Per la prima talvolta s'intendeva la mera detenzione, talvolta si dichiarava che essa era impossibile, dopo averla distinta, così per amor di distinguere: per la seconda s'intendeva in genere il possesso: *civilis tantum* era infine il possesso senza insistenza corporale, come, per es., il celebre possesso de' *saltus*; ovvero la *possessio ficta*, *quae solo animo retinetur*, come il possesso del debitore sulla cosa pignorata, del domino diretto sul fondo dato in enfiteusi e, aggiungevano essi, del signore sul fondo dato in feudo. *Civilissima* è la *possessio* riconosciuta all'erede nell'acquisto *ipso iure* (la così detta *saisine* ereditaria).

Creatori e rappresentanti di questo sistema sono: Piacentino, Rogerio, Azone, Baldo, Alciato, Duareno, Menochio, Fabro (1). Come si vede, gli autori, veramente illustri

(1) V. Savigny, *Possession*, § 10, pag. 119-121.

tutti, che conta questo sistema si lasciarono trarre in inganno dal miraggio delle parole *civilis-naturalis*, da qualche rapporto singolare e, secondo il Savigny, da una falsa e molto diffusa interpretazione della L. 10, C. *de poss.*, 7, 32 (*x*).

Altro sistema egualmente antico, ch'ebbe però un rifiorimento e una fortuna tutta moderna, è quello tanto semplice, per cui *civilis possessio* sarebbe il possesso vero o *ad interdicta*, cioè il nostro possesso giuridico, *naturalis possessio* la mera detenzione.

Autori antichi di questa opinione furono Martino Gosia, Zasio, Vaconio, Corasio, Conzio, Caronda, Tridero Mindano, Turamino, Oroz (1). Ebbe a resuscitarla per il primo e ricrearla quasi, facendo ogni sforzo per renderla plausibile e conciliare con essa i testi che la gettano a terra, Cupero (2); il quale appunto giunse ad accordare l'interdetto *Unde vi* anche

---

(1) V. Savigny, *Possession*, pag. 128. — Una traccia se ne avrebbe già in un passo dei Basilici, 50, 2, c. LXI (H. V, 54, L. 10, C., 7, 32). *Harmenopul.*, 2, 1, § 2: « Νομή ἐστι φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχή. Κατα δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή ». Ma non è questa come rileva il Rudorff (App. Savigny, *Possession*, pag. 614), che una infelice traduzione della famosa L. 10, Cod., *de poss.*; la prima delle diverse interpretazioni errate di questa legge, che si successero insino a Cupero (*y*).

(2) Cuperi, *Obs. selectae de natura possessionis.* Denuo edidit adiectis de nat. et civ. poss. animadv. Thibaut, Jenae 1804.

(*x*) Per una valutazione più completa e profonda di questo sistema e delle sue radici v. Riccobono, in *Scritti in onore di Chironi*, pag. 403 e seg. (con un apprezzamento forse alquanto eccessivo della dottrina dei Glossatori), e Rotondi, *Possessio quae animo retinetur* § ultimo, in *Scritti in onore di G. Rotondi*, in *Bull.*, vol. XXX, il quale pone in rilievo un dato interessante per la nostra tesi, cioè la tendenza giustinianea di considerare il possesso come un diritto, isolando la *possessio solo animo*, il che ha portato alla confusione della *possessio civilis* colla *possessio solo animo;* applicazione quasi aberrante di quello che era a nostro avviso la teoria classica della *possessio civilis.* Richiamerei pure a questo pensiero la ψυχικὴ (invece di ψυχῇ) δεσπόζοντος κατοχή in *Proch. auctum*, 38, 60.

(*y*) La definizione della *possessio* romana come possesso legale (ἔννομος e simili) « è tipica nei bizantini, in quanto manca ad essi, come a noi, la parola equivalente al senso pregno della romana *possessio* »: cfr. sopra, *Il punto di partenza*, ecc., n. 6; ma ciò non confonde menomamente il senso della *possessio civilis*, che è resa costantemente con πολιτικὴ νομή.

al non possessore. Resuscitata per la seconda volta nella forma che le aveva dato Cupero, dall'Erb (1) e dal Thibaut (2), fu accolta dal Gans (3), dal Comes de Reisach (4), dal Iohannsen (5), da Th. M. Zachariae (6), dal Braun (7), dal Kierulff (8), dal Warnkönig (9), dallo Pfeiffer (10), dal Sintenis (11), dallo

---

(1) La dottrina dell'Erb — che non è se non quella di Cupero tale quale — non fu mai pubblicata da lui, ma da coloro che l'accolsero, e nel modo più completo da Thibaut. V. Savigny, *Possession*, Add. della 6ª ediz., § 1, pag. 133.

(2) Thibaut, *Pand.*, 8ª ediz., pag. 209, 1834. — *Ueber possessio civilis u. naturalis* (*Arch. f. civ. Pr.*, vol. XVIII, pag. 315-364, 1835). Per lo innanzi il Thibaut aveva oscillato continuamente; accolse l'opinione di Cupero nel suo *Possesso* (*Ueber Besitz*, § 11), la rigettò nelle note alla sua edizione di Cupero, schierandosi col Savigny, del quale inserì la opinione nelle sue *Pandette*, si mostrò di nuovo propenso per l'opinione di Cupero nelle *Civilistische Abhandlungen*, pag. 339, 340, e tornò da ultimo risolutamente sulle vecchie orme, perseverando in queste sino a otto giorni dalla sua morte (*Nachtrag zu den Civilist. Abhandl.*, pag. 167, 168, 1840, ultimo scritto di questo celebre e acutissimo scrittore).

(3) Gans, *Scholien zum Gaius*, pag. 260, Berl. 1821. La sua critica all'opinione del Savigny è abbastanza infelice.

(4) Comes de Reisach, *De ant. iur. rom. reg.:* Nemo sibi causam possessionis, ecc. nota 4, Landesh. 1821.

(5) Iohannsen, *Begriffsbestimmungen*, fasc. 1º, Heidelberg 1831.

(6) Zachariae (Th. Max), *Neue Revision der Theorie des röm. Rechts vom, Besitz*, Leipzig 1824.

(7) Braun, *Erörter. in Zusätz. zu Thibaut*, pag. 2940, Stuttgart 1831.

(8) Kierulff, *Theorie des gem. Civ. r.*, pag. 343-346 e nota pag. 344-350, Altona 1839. — Il fr. 1, §§ 9 e 10, D. *Unde vi*, egli lo intende nel senso che l'espulsione del *naturalis possessor* può ben fondare l'interdetto, a favore però del *civilis possessor;* il colono espulso non ne può usare.

(9) Varnkönig, *Civ. Arch.*, vol. XX, nota 7, pag. 178-187.

(10) Pfeiffer, *Was gilt u. ist im röm. R. der Besitz*², Tübingen 1840 (gerichtet gegen der Savignysche Doctrine über das Recht des Besitzes) pag. (4-)30-55. L'autore prende in generale il partito di erigersi arbitro tra la scuola filosofica e Savigny; ma la sua stessa critica contro la scuola filosofica non è più felice di quella contro Savigny.

(11) Sintenis, *Das pract. gem. Civ. r.*, 2ª ed., § 42, pag. 453-456 (n. 22-24), Leipzig 1868. Egli argomenta per la sua opinione in base a una critica, in genere sagace, del Savigny. Per ispiegar poi come, secondo l'opinione accolta da lui, al detentore sarebbe concesso l'*interdictum Unde vi*, ammette per questo interdetto una base diversa dagli altri interdetti

Zielonacki (1), dall'Alibrandi (2), dal Serafini (3), dal Perozzi (4).

Ma i testi romani, come s'è visto, respingono assolutamente la *possessio* interdittale pura e semplice dall'àmbito della *possessio civilis*.

Anche il sistema, quasi egualmente celebre, del Savigny ha radici antichissime. La sua prima forma fu la seguente: *Civilis possessio* è il possesso ad *usucapionem: naturalis possessio* tanto il possesso interdittale, quanto la detenzione.

Autori di questa opinione: Ferreto, Brissonio, Mureto, Galvano, Vinnio, Domat, Westphal, Hofacker, Malblanc (5). La correzione fatta in questo sistema dal Savigny — il quale ne fece una dottrina sua, tentandone una larga e in alcuni punti ammirabile dimostrazione — riguarda non la *civilis*, bensì la *naturalis possessio* e le espressioni negative *civiliter* o *iure civili non possidere. Naturalis possessio* ora significa la *possessio* propria, cioè la *possessio ad interdicta*, ora la mera detenzione, cioè un rapporto colla cosa che non è *possessio:* e similmente *civiliter non possidere* ora vale non avere la *possessio civilis*, ora non esser possessore affatto (6).

---

possessorî, la violenza, e lo considera come parallelo alle *actiones furti* e *vi bon. rapt.* (n. 24, pag. 455). Altre condizioni tenta spiegarle, supponendo delle divergenze tra i giureconsulti romani (n. 23, pag. 454).

(1) Zienolacki, *Der Besitz nach dem röm. R.*, pag. 54-70, 1854.

(2) Alibrandi, *Teoria del possesso*, n. 43-50, pag. 39-46 [*Opp.*, I, 247 e seguenti].

(3) Serafini, *Istituzioni*, § 49. — Però il *possesso ad usucapionem* sarebbe *civilis* per eccellenza: nè il Serafini accorda l'*interdictum Unde vi* anco al detentore.

(4) Perozzi, *Possesso di parti di cosa*, negli *Studi per l'VIII centenario dell'univ. di Bologna*, pag. 266 e seguenti. — [E di nuovo *Istituz.*, I, pag. 552, ed. Barbèra].

(5) Savigny, *Possession*, § 10, pag. 126 e 127.

(6) L'esposizione e la dimostrazione della teoria del Savigny occupa tutto il § 7 della sua opera (7ª ediz., trad. fr., pag. 47-79). La triplice partizione del Savigny (*possessio ad usucapionem*, *possessio ad interdicta*, *possessio*, meramente naturale o detenzione) si trova già nei Bizantini. Cfr. sch. 25, Anon., in Bas., 15, 4, 3 (Zach., *Suppl.*, pag. 53)

Seguirono l'opinione del Savigny: Thon (1), Puchta (2), Rudorff (3), Mühlenbruch (4), Marezoll (5), Göschen (6), Kock (7), Christiansen (8), Kuntze (9), Barinetti (10), Milone (11), Doveri (12), e molti altri scrittori (13). In sostanza anche Arndts (14).

L'opinione del Savigny non si fonda in sostanza che sopra un falso modo d'intendere l'antitesi generale *civilis-naturalis*, ed ha poi argomenti decisivi e irrefutabili contro di sè. L'usucapione, dice il Savigny, appartiene al *ius civile*, la protezione interdittale al *ius honorarium*, che ha per sua fonte il *ius gentium* o *naturale*.

---

ad L. 3, § 15, D. *ad Exh.*: « τῶν νομῶν αἱ μέν εἰσι ἔννομοι καὶ πολιτικαί, ὥσπερ ἡ ἐπὶ σύσσυκαπίονι, αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ἰντερδίκτων; αἱ δὲ φυσικαὶ, ὡς ἐπὶ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίας ». I termini *possessiones legitimae et civiles*, *possessiones legitimae tantum*, ecc., sembrano alquanto arbitrari: noto però di volo che il termine *possessio legitima* potrebbe non disconvenire al possesso interdittale.

Anche un altro passo dei Bizantini identifica possessore civile e possessore di buona fede. *Schol.* 14, *ad Bas.*, 60, 17, c. 7, § 7 (H. V, 574: L. 1, § 9, *De vi*), sch. 13: « ἡ πολιτικῶς (νέμεται), ὡς ἐξ ἀγαράσεως ἢ δορεᾶς, φυσικῶς δὲ ὡς ὁ καλῇ (l. κακῇ) πίστει νομεύς, ὁ γὰρ πολιτικὸς νόμος τὸν τοιοῦτον οὐκ ἐπιγινώσκει νομέα » (ovvero Heimb., V, pag. 574, secondo Fabrot: « τὴν τοιαύτην οὐκ ἐπιγινώσκει νομήν).

(1) Thon, *Ueber civilis u. naturalis possessio* (*Rhein. Mus.*, vol. IV, pag. 95-141).

(2) Puchta, *De civ. poss. disp.*, Lipsia 1339 (Ristampati in *Kleinere civ. Schriften*, editi dal Rudorff nel 1851, pag. 398. — Cfr., del resto, *Inst.*, II, § 226 — *Vorles*, § 124.

(3) Nell'App. al *Possesso* di Savigny).

(4) Mühlenbruch, *Pand.*, II, § 231.

(5) Marezoll, *Istituzioni*, § 88, trad. Polignani (2ª ed., Napoli 1892).

(6) Göschen, *Vorles. über das gem. Civ. r.*, pag. 601-604, Göttingen 1828.

(7) Koch, *Die Lehre vom Besitz nach preuss. Rechte mit. Rücks. auf das gem.*, pag. 41, 2ª ediz., Breslau 1839.

(8) Christiansen, *Inst.*, § 12, pag. 190 e 191, Altona 1843.

(9) Kuntze, *Curs. des röm R.*, 2ª ediz., § 491, pag. 333, Leipz. 1879.

(10) Barinetti, *Del possesso e della propr.*, pag. 11-13, 15-20, Pavia 1866.

(11) Milone, *Il poss. delle cose e dei diritti*, pag. 28-32, Napoli 1875.

(12) Doveri, *Istituzioni*, II, § 35.

(13) Oswald von Schmidt, Tigerström, Geiger, Namur, ecc.

(14) Arndts, *Pand.*, 13ª ediz., § 136, pag. 244-247, Stuttgart 1886. — Ammette però anche una molteplicità di sensi.

Ora *ius naturale* non significa affatto *ius honorarium*. *Naturalis* poi nella *possessio naturalis* non tocca propriamente l'antitesi tra *ius civile* e *ius naturale*, bensì l'antitesi tra *factum* e *ius* o quella tra *factum* e *animus*.

Contra la teoria del Savigny è poi da un lato il nessun riguardo intrinseco all'usucapione in tutti i testi della *possessio civilis* — e in alcuni, come la L. 3, § 15, *ad exh.*, la L. 2, § 1, D., 41, 5, la L. 26, *de don. inter vir. et ux.*, la L. 38, § 7, 8, *de v. o.*, ne siamo proprio lontani lontani, tanto ch'è quasi un assurdo pensare all'usucapione — dall'altro lato, reciprocamente, la nessuna menzione della *possessio civilis* in tutta l'amplissima dottrina dell'usucapione (1) (*z*).

---

(1) L'unico argomento che abbia una speciosa apparenza in favore della teoria del Savigny è il seguente: che mentre al creditore pignoratizio è attribuito il mero possesso naturale (L. 2, § 15, D. *ad exh.*), dall'altra parte si dice pure che il debitore pignoratizio *ad unam tantum causam possidet, ad usucapionem* (L. 1, § 15, D. *de a. vel a. p.*, 41, 2; L. 16, D. *de us.*, 41, 3), *ad reliquas omnes causas* possiede invece chi tien la cosa in pegno (L. 16, D. *de us.*). Da ciò induce il Savigny che il *possesso ad usucapionem*, che rimane al debitore, sia il possesso civile, e reciprocamente il possesso naturale, che spetta al creditore, sia quel possesso *ad reliquas causas*, che è in sostanza il possesso interdittale.

È chiaro che anche una tale argomentazione [senza l'uso dei termini proprî] non basterebbe a tenere in piedi l'opinione del Savigny. Ma io credo che l'argomentazione stessa la si possa ben ribattere e si debba, perchè ciò giova come riprova di alcune idee manifestate innanzi circa la natura del possesso del creditore pignoratizio e la relazione tra il possesso civile e naturale.

Nel pegno abbiamo dunque una divisione del possesso *ad usucapionem* e del possesso *ad interdicta* tra debitore e creditore. Ma usucapisce il debitore, perchè conserva il possesso civile? A me non nocerebbe ammetterlo, perchè ricomprendo nel possesso civile anche il possesso di buona fede. Ma, come dissi già, il possesso civile, anche in questa limitata sfera, non è necessariamente possesso atto all'usucapione, perchè non implica necessariamente il possesso vero e naturale. Soltanto una eccezione è stata ammessa, e riguarda l'usucapione dell'erede, che continua, nonostante non abbia il possesso. È stata ricono-

(*z*) Che all'usucapione sia dato invece rilievo nei Basilici, è piuttosto, a lume della critica moderna, un nuovo argomento contrario, almeno per diritto classico.

Quasi isolata ed essenzialmente moderna è l'opinione del Burchardi (1), ch'è pure in sostanza quella del Vangerow (2), accettata dal De Crescenzio (3). *Possessio civilis* è la *possessio animo domini* di una persona capace, s'intende, su di una cosa capace.

Sarebbe, come si vede, quanto all'àmbito, quella che io ritengo *possessio* normale, in contrapposizione alle figure anomale, quali il possesso del creditore pignoratizio, del precarista e del sequestratario, in cui, per mio avviso, la causa speciale sostituiva l'*animus* che fa difetto, e il possesso ha una ragione diversa e distinta per ciascuna specie.

Ma che significato e che scopo avrebbe la distinzione? Il Burchardi è ricorso infino alla dichiarazione censuale e all'imposta serviana. Convien tenergli conto della buona volontà; ma da noi si chiama cotesto un attaccarsi alle funi del cielo. Se non che l'àmbito stesso del possesso civile incontra un serio intoppo nel possesso *naturale* del coniuge donatario. Il Vangerow ne tenta la spiegazione più forzata e avviluppata: spiegazione che meritò bene la critica del Wächter « un cumulo di contraddizioni » (4).

---

sciuta una simile eccezione, è stato ammesso un simile *ius singulare* a favore del debitore che ha dato in pegno la cosa? Nulla vi sarebbe, in astratto, di repugnante e d'impossibile. Ma io non credo che questo sia il motivo perchè egli usucapisce. Il motivo è da ricercare ancora nella singolarità stessa, nella natura anomala del possesso del creditore pignoratizio.

Il creditore pignoratizio e il precarista, il quale pure è detto possedere soltanto *corpore*, tengono la cosa, nonostante il riconoscimento del loro possesso, *alieno nomine;* onde rispetto all'usucapione non fanno che *praestare ministerium alienae possessioni*, come il colono o altro detentore. Il loro possesso, riconosciuto per uno scopo speciale, che non è la funzione generale del possesso, è anche, come suole in simili rapporti anomali, per es. nella dote e nella fiducia, dallo stesso scopo limitato. È sempre quel principio per cui un *ius singulare* si suol restringerlo nei più angusti confini, che la sua speciale *ratio* comporta.

(1) Burchardi, *Arch. für. civ. Pr.*, vol. XX, pag. 14-53.

(2) Vangerow, *Pand.*, 7ª ediz., I, § 199, pag. 348-355.

(3) De Crescenzio, *Sistema del dir. rom.*, § 149.

(4) Vaechter, *Pand.*, II, pag. 55.

Già tra i vecchi non mancarono i seguaci di più opinioni a una volta. Il Savigny cita i seguenti: Pillio, Fachineo, Merenda, Tomasio, Oppenritter, Glück, Spangenberg (1). Tra i moderni sono di parere che la distinzione oscilli tra varî significati i seguenti: Kori (2), Zachariae von Lingenthal (3), Keller (4), Schilling (5), Vering (6). Più determinata, e nuova nei diversi concetti, è in questo senso l'opinione del Windscheid. *Possessio civilis-naturalis* significherebbe ora un'antitesi tra possesso riconosciuto dal diritto — che sarebbe il così detto possesso giuridico — e possesso non riconosciuto, ora tra possesso approvato e non approvato dal diritto, ora tra possesso *animo domini* e possesso corporale. « È solo un'accidentalità che il possessore pignoratizio non venga chiamato pure *civilis possessor*, nel qual caso la confusione apparente sarebbe ancora maggiore » (7).

In simil guisa il Kindel: « L'espressione *civilis possessio* deve necessariamente rimanere ondeggiante, perchè essa corre attraverso tutta la serie delle facoltà concesse al possessore, dalla protezione fino al menomo suo diritto, e in ultima analisi gli è solo il possesso privo di qualunque garantia giuridica che ne rimane escluso » (8). Il Maynz ritiene pure che la distinzione non avesse presso i Romani alcun significato tecnico e preciso (9).

---

(1) V. Savigny, *Possession*, pag. 132 e 133.

(2) Kori, *Ueber den natürl. Bes.* (*Arch. f. civ. Pr.*, vol. XXIX, 13).

(3) Zachariae von Lingenthal, *Legitima possessio* (*Zschr., für. g. R. W.*, vol. CXLIV, 4).

(4) Keller, *Pand.*, § 115, pag. 256-258, Leipzig 1866. — In via di massima accetta però l'opinione del Savigny.

(5) Schilling, *Lehrb. f. Inst. u. Gesch. des r. R.*, 2, § 125, pag. 454-456, Leipzig 1834-1846.

(6) Vering, *Gesch. u. Inst. des r. R.*. Mainz 1870.

(7) Windscheid, *Pand.*, I, § 148, n. 12, pag. 484 e 485 (trad. it. Fadda e Bensa, lib. III, pag. 38-40).

(8) Kindel, *Die Grundlagen des röm. Besitz.*, § 4, pag. 46-53, Berlin 1883.

(9) Maynz, *Tr. de dr. rom.*, I, § 83, pag. 639 e 640.

Egualmente multiforme è l'opinione del Ruggeri: « Possesso naturale si dice, in quanto si riguarda alla nozione semplice e primitiva e si prescinde *più o meno* dalle operazioni che vi ha fatto sopra il diritto civile. Possesso civile per converso si chiama quello di cui l'esistenza è stata dal diritto civile riconosciuta o dentro o oltre i limiti di quella semplice e primitiva nozione, e che è stato da esso munito dei suoi effetti, o tutti attribuendoglieli o alcuni » (1). Manifestò non ha molto questa tendenza anche il Brini (2). Infine anche l'Arndts e il Serafini potrebbero quasi dirsi

---

(1) Ruggeri, *Il possesso e gli istituti prossimi ad esso*, § 96, pag. 128 e 129, Firenze 1880.

(2) Per quanto io rilevo dal suo scritto sul *ius naturale* (pag. 34-36, Bologna 1889), il Brini intende la distinzione *possessio naturalis-civilis* in massima come un'opposizione tra possesso della cosa e possesso del diritto. Se non che il possesso del diritto potrebb'essere alla sua volta possesso naturale sotto altro aspetto; per esempio, quando « una persona, a cui un diritto non può spettare, pur sia nello stato di possesso di quel diritto » e d'altra parte il possesso della cosa « può talora porgersi in certa configurazione tutta civile o positiva, pur rimanendo possesso di cosa soltanto; e perfino nella più limitata figura della detenzione mera, cioè di possesso di cosa in cui sia interdetto il valersi della cosa stessa, che il possesso di per sè importerebbe ».

Benchè il Brini parli di un'opposizione tra possesso della cosa e possesso del diritto in generale, tuttavia è certo che in quest'ultima categoria sarebbe da riporre solamente, nella nostra distinzione, il possesso del diritto di proprietà: perchè, ammesso pure che possesso civile significhi possesso del diritto, nelle fonti la terminologia non esce dai confini della *possessio* usuale, e non invade il terreno del possesso di altri diritti o quasi-possesso.

Nondimeno, ristretta pure in questi termini, l'opinione del Brini è bensì la più nuova e ingegnosa, ma forse la meno romana e meno sostenibile. Le dette categorie, possesso della cosa e possesso del diritto, sono assolutamente moderne, straniere invece assolutamente alla giurisprudenza romana e in contrasto aperto col pensiero suo. In una parola, non la formula, ma il concetto stesso è antiromano. Quanto alla formula, hanno anzi i Romani una distinzione, che nei termini corrisponde a capello a coteste categorie, cioè: *possessio corporis*, che non si può tradurre se non possesso della cosa, e *possessio iuris;* ma la distinzione romana [probabilmente compilatoria] ha tutto altro senso. *Possessio corporis* (da non confondere colla *possessio corpore* o *corporalis*, che ne è un elemento) è il vero possesso, corrispon-

in quest'ordine d'idee; i quali, sebbene, come s'è visto, in via di massima accettino opinioni diverse, cioè il primo quella del Savigny, l'altro quella che fa del possesso civile il possesso giuridico, tuttavia si ricongiungono, ammettendo in via secondaria ciascuno rispettivamente l'altra opinione.

Io mostrai che duplicità di senso [probabilmente opera dei compilatori] c'è veramente nella *possessio naturalis*, ma non è quale s'immagina e a ogni modo nell'uno dei due a *possessio naturalis* non corrisponde mai *possessio civilis*,

---

dente di regola al possesso di proprietà; *possessio* o *quasi-possessio iuris* è il possesso di ogni altro diritto.

Sicchè sarebbe anche inutile passare all'esame della questione, se i Romani avrebbero espresso mai simili concezioni coll'antitesi *naturalis-civilis;* tanto più che, in concreto, la distinzione, così come è concepita dal Brini (che verrebbe nell'àmbito a coincidere in massima con quella di Burchardi e Vangerow), incontra nei testi le solite insuperabili difficoltà.

Se non che non sarà inutile, anche per l'intelligenza più completa del nostro tema, giacchè il destro se ne porge, esaminare un poco il valore di coteste categorie moderne, *possesso dello cosa* e *possesso dediritto*, e insieme delle categorie romane che, mentre dicono l'opposto, corrispondono pure ad esse così perfettamente nei termini; sul quale argomento il Brini ha pubblicato un lavoro speciale, inserito negli *Studi giuridici e storici* editi per l'ottavo centenario dell'Università di Bologna (Roma 1888).

Ora per quel che riguarda il concetto « possesso del diritto di proprietà » si può anche ritenere questa formula come una giusta rappresentazione del possesso, ma è tuttavia un'esagerazione non tener conto del lato di vero che c'è pure nel concetto romano « possesso della cosa ». Ogni diritto subbiettivo o presunzione di diritto si può indicare dal *contenuto*, cioè dalla serie delle facoltà che esso conferisce al titolare sopra un dato obbietto, ovvero dalla *pertinenza* dell'obbietto stesso al titolare, che esso viene a stabilire in una certa misura e sotto un certo aspetto. Ora, esprimendo il diritto in questa seconda forma, il titolare vero o presunto di esso può dire e dice spesso, trattandosi di diritti che attribuiscono facoltà complesse e abbastanza ampie sull'oggetto, che quell'oggetto è *suo*, ch'egli *ha* l'oggetto (*nei suoi beni*, se il diritto è patrimoniale), aggiungendo una qualifica indicante in che senso e in che misura la pertinenza si debba intendere, in breve una *qualifica-limite*. Così egli può dire: Questa donna è mia *moglie*, questi fanciulli sono miei *figli*, ovvero mia moglie i miei figli mi appar-

come in tal senso non corrisponde mai *civilis* a *naturalis* in generale.

L'ultimo sistema, di nuovo antichissimo, è quello che io giudicai più prossimo al vero, almeno quanto all'àmbito della distinzione, che in alcune opinioni è perfettamente raggiunto. Ma poichè in questo sistema appunto non si riesce a scoprire una base adeguata e una funzione per tale concetto — e molti autori lo confessano apertamente — non solo esso presenta le maggiori oscillazioni, ma, cosa veramente curiosa, nella sostanza esso è stato sempre peggiorato, a mio avviso, dall'origine in poi.

La forma primitiva è la seguente: *Possessio civilis* è tanto il possesso del proprietario, quanto quello *ad usucapionem: possessio naturalis* è il possesso interdittale. Il

---

tengono, io ho un fondo enfiteutico, superficiario, in usufrutto, ecc. Ma poichè nella proprietà e nel possesso cotesta pertinenza o presunzione di pertinenza è la più piena possibile, al proprietario e al possessore è lecito dire che la cosa è sua, gli appartiene, ch'egli n'è padrone, senza soggiungere alcuna limitazione. La cosa infatti è sua sotto tutti gli aspetti, è sua nel modo più assoluto che il diritto comporti. Chi avesse detto a Roma « questa donna, questi fanciulli son miei » sarebbe stato inteso nel senso che essi fossero suoi schiavi.

Il possesso del diritto di proprietà si può ammettere adunque, a patto però che tale espressione lasci vivere l'altra romana, possesso della cosa, che non è errata, come si ritiene oggidì; e anche, si può ammettere, dato il senso generico che si attribuisce oggidì alla parola possesso (stato di fatto corrispondente a un *qualunque* stato di diritto); perchè veramente presso i Romani possesso era un termine specifico ristretto a indicare il possesso del diritto di proprietà, non abusato per esprimere il quasi-possesso. Del resto l'uso generico della parola possesso si riscontra coll'uso generico della parola dominio o proprietà nel senso di qualunque diritto.

Ma se la formola « possesso della cosa » si converte, come accade, in un concetto antitetico e nell'altro membro della distinzione, essa diviene una locuzione falsa come tale e torbida come concetto. Falsa come espressione, perchè se la parola possesso è presa nel senso usuale di *possessio animo et corpore*, possesso della cosa viene ad essere sinonimo di possesso della proprietà; se vuol dire detenzione, si abusa [*in un senso antiromano*] della parola possesso, mentre tanti sono i modi per esprimere la detenzione, e si smarrisce poi la corrispondenza con la prima categoria, in cui la parola possesso significa veramente possesso.

primo produce tutti gli effetti del possesso, il secondo dà solamente diritto alla protezione interdittale. Distinta da entrambi è la detenzione, l'*esse in possessione*. Ne fu autore Bassiano, e seguaci più fedeli, non senza però qualche incertezza anche in essi, Odofredo, Obrecht, Scipione Gentile, Valenzia, Ramos del Manzano, Retes, Pothier (1). Bartolo stabilì nettamente come carattere e criterio comune dei varî casi di *possesso civilis* la *iusta adquisitionis causa;* ma poi divagò, sdrucciolando in un'opinione, che doveva divenire un dubbio o un errore generale nei moderni, adatto a mantener la dottrina campata in aria e i ricercatori fuori di strada. Egli riconobbe la *possessio civilis* anche laddove esiste bensì una *iusta causa*, ma a cagione della *mala fides*

Torbida come concetto, perchè non si sa che cosa voglia ricomprendere e che cosa significhi. Pare che ricomprenda, secondo i più, soltanto il possesso anomalo del creditore pignoratizio, del precarista e del sequestratario. Secondo altri, tra cui il Brini (*Studi giur. stor.*, pag. 142-144), pare che debba ricomprendere così la detenzione vera come il possesso anomalo. Quanto al significato, si vorrebbe vagamente e confusamente esprimere il contenuto diverso che c'è in questi possessi anomali, che non è precisamente quello del diritto di proprietà, ma si accosta invece al contenuto di quei rapporti o diritti, che non implicano se non la mera detenzione o poco più. E dato ciò, per coniare un'espressione che avesse la maggior possibile rispondenza all'altra « possesso della proprietà » si dovrà dire non possesso della cosa, che non può ragionevolmente significare se non lo stesso, bensì possesso della detenzione, del *ius detinendi*, del *ius utendi*, se si vuole, che, se non costituiscono diritti speciali, sono per lo meno parte di molti diritti.

Ma messe le cose in questi termini, l'antitesi generale e assoluta, possesso dei diritti e possesso delle cose, viene ad essere, più che attenuata, distrutta. Anche il preteso possesso delle cose non può essere che possesso di facoltà o di diritti; e se dal possesso del diritto di proprietà esso diverge d'assai, tuttavia, consistendo sempre nell'esercizio di facoltà sopra una cosa, esso diverge molto meno dal possesso della proprietà che non questo dal possesso di tutti gli altri diritti. Porre una simile distinzione adunque, tra possesso dei diritti e delle cose, a me sembra come distinguere tutti gli esseri viventi in animali e Giapponesi [Quanto alla categoria generale del possesso dei diritti essa innamora pur sempre le menti giovanili, ma è di assai dubbio valore dal punto di vista del diritto positivo, anche odierno].

(1) Cfr. Savigny, *Possession*, 122-125.

non si potrebbe avere usucapione (1): non osservando che in tal caso le nostre fonti reputano in sostanza annientata la *iusta causa* e dichiarano che il possesso è *pro possessore*. Ma forse troppo lo rimprovera il Savigny di essersi preoccupato di separare nella *possessio naturalis* quella del *praedo*, ch'egli chiama *corporalis*, pur riconoscendola come possesso, dalle altre.

Chi ha meglio intuito ed esposto la dottrina di Bassiano è Cuiacio (2). Rispetto alla *possessio civilis*, la nozione ch'egli ne presenta è perfetta sempre, quanto alla sfera di essa. Solo quanto alla *possessio naturalis*, egli si mostrò più ancora di Bartolo preoccupato del possesso del *praedo*, che pretese raffigurarsi in un modo singolarissimo; di che il Savigny gli fa un grave carico (3).

Si deve probabilmente a una certa scontentezza dell'arbitrio, che, per un verso o per l'altro, manifestavano, nonostante le insuperate elaborazioni del Savigny e del Thibaut, i due sistemi più concreti e pratici e completi, il ritorno quasi incosciente a questo sistema meno pratico e certo incompleto. I moderni resero la cosa anche più enimmatica, poichè si limitarono a dire che possesso civile è il possesso acquistato in base a una *iusta causa*, senza curarsi di rilevare che possesso di tal genere è anche la proprietà: giusta intuizione di Bassiano e Cuiacio, che poteva aprire uno spiraglio al vero. Così per il primo il Bruns: « Pos-

---

(1) Savigny, *Possession*, e specialmente pag. 122 nota.

(2) Per l'opinione di Cuiacio si confrontino i seguenti passi delle sue opere: *Paratitla ad Lib.*, 7, tit. 32, Cod. (*Opera*, II, pag. 472, Napoli 1722): *Observat.*, lib. IX, cap. 33, Duplex possessio (III, 242); lib. XVIII, c. 24: naturalem possessionem non tantum, etc. (III, 525); lib. XXVII, cap. 7: Poss. nat. et civ. (III, 765); *Quaest. Pap.*, *Lib. III*, L. 19, D., 4, 6 (IV, 69); *Definit.*, *Lib. II*, L. 49, D., 41, 2 (IV, 1458); *Paul. ad Ed.*, *Lib. LIV*, pr. § 1, D., 41, 2 (V, 693); *Comm. ad L.* 9, D., 6, 1 (VII, 256); *ad L.* 1, § 15, D., 10, 4 (VII, 607); *ad L.* 1, § 1, D., 41, 2 (VIII, 239); *Comm. ad tit.* 32, lib. VII, Cod. (IX, 1006).

(3) Troppo grave forse, perchè la preoccupazione di Cuiacio e dei suoi predecessori a questo riguardo è tutt'altro che ingiustificata.

sesso civile è il possesso della proprietà (1), nel quale non ha luogo alcun difetto di diritto civile nel subbietto, nell'obbietto e nella *causa*. Possesso naturale, oltre alla mera detenzione, è quello nel quale o non s'ha l'*animus domini*, o civilmente non si può avere, e quindi il possesso della proprietà riprovato dal diritto civile o il possesso derivato » (2). E il Brinz: « Dove il possesso giuridico difetta in qualche momento, ivi non è possesso civile..... al mero possesso giuridico deve insomma aggiungersi a tal uopo un qualche elemento del *ius civile*, una certa legittimità, probabilmente quella che richiede per l'usucapione e forse anche per il possessore che appare tale dinanzi allo Stato e alla Comunità... Laonde si deve pur convenire che possesso civile e possesso *ad usucapionem* si riconnettono insieme; ma che siano una cosa stessa è sempre da mettere in dubbio, perchè *si può ben pensare che alcuno sia civilis possessor, per es., quale bonae fidei possessor o ex iusta causa possessor, e non possa nondimeno usucapire* » (3). Scheurl e Van Wetter si limitano a ripetere la nozione generica: possesso che ha una causa conforme al *ius civile*, tale che potrebbe conferir la proprietà (4). Anche il Wächter esprime nel testo la stessa nozione generica: possesso acquistato *iusto titulo*; ma in nota, confutando l'opinione del Savigny, osserva *non potersi dimostrare che i Romani esigessero per la civilis possessio*

---

(1) Vedi sopra nota 2, pag. 586 e seguenti.

(2) Bruns, *Das Recht des Besitzes in Miltelalter u. in der Gegenw*, § 4, pag. 20-26, Tübingen 1848. — Veramente prima del Bruns tale opinione era già stata rinnovata dal Wiederhold (*Das interdictum U.p. und die o.n.n.*, pag. 6-11, 149, Hanau 1831), ma in confuso assai e con qualche errore. Perchè mai dovrebbero il precarista e il sequestratario avere il possesso civile (pag. 20), e anco per eccezione? Anch'egli poi asserisce che « la *bona fides*, di cui la *iusta causa* è la base, non vien presa in considerazione ».

(3) Brinz, *Pand.*, 2ª ediz., I, § 136, pag. 59-581, Erlangen 1873.

(4) Scheurl, *Weitere Beiträge zur Bearb. des röm. R.*, Erlangen 1886; fasc. II, *zur L. vom Besitz.*, § 4, pag. 22-25. — Anche: *Inst.*, 7ª ed., § 78, pag. 154, Erlangen 1878. — Van Wetter, *Tr. de la poss. en dr. rom.*, n. 35-45, pag. 78-105, Gand-Paris 1878. Egli dice di accettare l'opinione del Burchardi e del Vangerow colla modificazione recatavi dal Bruns.

anche il requisito della bona fides e dell'habilitas rei; del resto gli pare che le fonti non si esprimano esattamente circa il significato di cotesta espressione e infine conchiude che la *questione circa il concetto della possessio civilis e naturalis praticamente è senza alcuna importanza* (1). Un fugace ritorno alla pura opinione di Bassiano e Cuiacio si ha nel Baron: « *Civilis possessor* è non solo chi possiede ad *usucapionem*, ma altresì il proprietario che possiede la cosa sua » (2). Solo il Dernburg ha espresso una formula che poteva metterlo sulla via: « Col termine *civilis possessio* designano i Romani quel possesso che in base al suo titolo appare come appartenente giuridicamente al patrimonio del possessore » (3).

Meischeider, scettico e dubbioso in tutta la materia del possesso, è scettico e dubbioso anche in ordine alla *civilis-naturalis possessio.* Il criterio è anche per lui la causa. « Ma quale sia l'idea giuridica e il fondamento della distinzione non si riesce (soggiunge tosto) a mettere in chiaro. Forse è un concetto non isviluppato bene, o tale che ha perduto la sua importanza al tempo dei giureconsulti classici. Forse l'antitesi non è che l'espressione di *quell'ondeggiamento tra fatto e diritto* esistente nel possesso; così che *possessio civilis* indicherebbe ora il possesso vero di fronte alla mera detenzione, ora il possesso più prossimo al diritto di fronte a un altro più remoto » (4). Intuizione e premessa giusta, benchè vaga; ma falsa applicazione.

Postilla. — Dato lo stato delle fonti, le opinioni sulla *possessio civilis* e la *possessio naturalis*, anche dopo il mio studio, continuarono per qualche tempo a deviare dalla direzione giusta o a ripetere le strane oscillazioni, di cui abbiamo mostrato gli esempi nel passato.

---

(1) Waechter, *Pand.*, II, pag. 52-58, Leipzig 1881.
(2) Baron, *Pand.*, § 113, pag. 197, Leipzig 1882.
(3) Dernburg, *Pand.*, I, § 175, pag. 197, Berlin 1884.
(4) Meischeider, *Besitz u. Besitzschutz.*, (*Stud. über alte Probleme*), specialmente § 16, pag. 77-84, Berlin 1876.

Il Perozzi, nelle sue *Ist.*, I, pag. 552, ribadisce l'opinione più modernamente suggestiva e più inattendibile classicamente, che identifica la *possessio civilis* col nostro possesso giuridico, attribuendo a interpolazioni giustinianee l'alterazione di significato: ciò potrebbe esser per avventura (v. in seguito) il rovescio della verità. D'altra parte se, come si è visto, è dato ritener interpolati i testi che qualificano con l'epiteto *naturalis* casi di vero possesso, è impossibile liberarsi dai testi che esigono la *iusta causa* per la *possessio civilis*, e attribuiscono alla stessa *possessio civilis* il carattere di *ius* in antitesi al *factum* della mera *possessio* e della *possessio naturalis* (esplicitamente in L. 38, § 6-9, D., 45, 1).

Il Ferrini, in *Diritto romano*, 2ª ediz., Hoepli, 1898, pag. 47), afferma che è civile il possesso qualificato dalla giusta causa e dalla buona fede (è curioso come in questo volume l'insigne romanista segua a tal segno l'influenza del pensiero moderno da reputare νομή voce più tecnica di *possessio* per significare la possessio vera, *animo et corpore!*); in *Pandette*, n. 246, pag. 311, n. 2, torna pur egli alla suggestiva teoria del possesso giuridico.

Ma studi speciali posteriori hanno gettato molta luce in questo oscuro problema della *possessio civilis* e della *possessio naturalis*, e hanno, in parte, a mio avviso, corroborato la mia idea fondamentale, in parte corretto esegeticamente la dimostrazione. Debbo citare in primo luogo nell'ordine cronologico il mio scritto sul *Punto di partenza della teoria romana del possesso*, in *Studi per Moriani*, 1906 (è lo scritto precedente inserito in questa collezione), che pone in rilievo la concezione genuinamente romana del possesso e in seguito gli scritti più recenti basati sulla critica interpolazionistica, del Riccobono in prima linea, e poi dell'Albertario (1).

La teoria sostenuta nel mio vecchio scritto non è stata ben appresa nel suo spirito dai miei colleghi di studio o

(1) Riccobono, *Zur Terminologie des Besitzverhältniss*, in *Z. der Sav. St. f. Rg.*, vol. XXXI, 1910: *La teoria romana dei rapporti di possesso, la*

piuttosto è venuta deformandosi in quel senso diverso col quale già gli scoliasti bizantini avevano deformato la concezione classica (1). Secondo il mio concetto *possessio civilis* era bensì la *possessio ex iusta causa*, ma solo in quanto *essa costituisce un diritto;* l'appendice sulla quale non si può dire che io abbia insistito poco, è per me più essenziale della proposizione principale. Solo in quanto essa costituisce un diritto e quindi abbia una vera azione a sua difesa (il che non sempre si verifica) la *possessio ex iusta causa* assume un rilievo e un'importanza giuridica fondamentale, e può meritare quell'epiteto. Si suole invece calcare sulla *iusta causa*, sui requisiti e sugli effetti civili (usucapione) e con questo la mia opinione non solo non è più mia, cioè non è più autonoma (il che importa poco) ma è resa vacua, anzi erronea, in quanto è soggetta alle varie obbiezioni, di cui largamente nel mio articolo, principalmente alla seguente: perchè a suo luogo, cioè principalmente in tema di usucapione, questa terminologia e questa distinzione non campeggia?

Questo malinteso sulla mia dottrina si giustifica. Il mio concetto della *possessio civilis* sta, crediamo pur sempre,

---

dottrina dei moderni e le legislazioni, in *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, XXIII, 1911; *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, in *Scritti giuridici in onore di Chironi*, pag. 367 e seg., Torino 1915; Albertario, *La possessio civilis e la possessio naturalis*, in *Filangieri*, 1912; *La terminologia nel possesso*, ecc., in *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, XXVII, 1915; *Un interessante testo di Giavoleno* (D. 41, 2, 24), Athenaeum, Roma 1914. La distinzione della *possessio civilis* e *naturalis* è stata valutata anche da qualche filosofo del diritto, il quale ha creduto di poter decidere delle controversie relative; il che è un curioso, ma non isolato esempio della incoscienza dei confini tra scienza e filosofia. Invasioni simili nella migliore delle ipotesi rappresentano un puro perditempo.

(1) Fa eccezione l'Albertario, il quale nel suo studio *La possessio civilis e la possessio naturalis*, pag. 10 dell'estr. n. 2, cita in sostegno di essa e a confutazione della teoria che la *possessio civilis* fosse la *possessio ad usucapionem*, Front., *De contr. agr.*, I, 2 (in ed. Lachmann, I, pag. 36). Tuttavia anch'egli piega talvolta al concetto bizantino e savigniano.

per diritto classico, non sta o tutt'al più ha un'esistenza equivoca e insignificante nel diritto giustinianeo, è in armonia col linguaggio classico, non già col valore bizantino e moderno delle parole. Dal lato sostanziale, sparito l'*in bonis habere*, sparita la *possessio* provinciale e in genere le *possessiones* tutelate da vere azioni, riavvicinato il possesso stesso ai diritti, la distinzione non ha più scopo e si può dire non ha più anima.

Il termine *possessio civilis* non può significare che la proprietà o tutt'al più insieme ad essa il possesso di buona fede e d'altra parte un certo carattere di legittimità non si può ora negare nemmeno al possesso puro e semplice. I compilatori hanno bensì conservato nella maggioranza dei testi la dicitura antica e il senso classico, ma sembra pure che in alcuni frammenti capitali essi abbiano tentato di valersi della vecchia terminologia per iscopi totalmente diversi e (quel che è più grave) non armonizzanti, date le diverse tendenze che in questo tema, come in molti altri, dominavano tra i commissari stessi. E quanto al linguaggio, il mio studio citato mette in chiaro che, se pel giureconsulto classico — dato il senso della *possessio*, esprimente la signoria, non già la detenzione — *possessio civilis* non poteva significare se non signoria legittima, giuridica, cioè in sostanza dominio in una forma o nell'altra riconosciuto; l'intuizione precisa di questo necessario significato non poteva esser viva nei bizantini, i quali debbono aggiungere alla loro parola significante il possesso (νομή) l'epiteto « giuridico » (ἔννομος e simili), perchè quella parola, a differenza della *possessio* romana, significa anche la detenzione.

Il Riccobono nel suo primo studio ha dimostrato con raffronti e argomenti decisivi le interpolazioni eseguite dai compilatori nella L. 1, § 9, D., 43, 16, nella L. 7, §, 1, D., 10. 4, e nella L. 3, § 15 *eod.* Da queste interpolazioni egli deduce che i compilatori abbiano alterato il senso della *possessio civilis*. Nel diritto classico essa significava la *possessio ex*

iusta causa e alludeva agli effetti civili, cioè l'usucapione, nel diritto giustinianeo essa significava anche il possesso interdittale, cioè il vero possesso. Dalle stesse interpolazioni l'Albertario desume che i compilatori abbiano invece voluto significare col termine di *possessio naturalis* il vero possesso, lasciando la *possessio civilis* al suo significato di *possessio ex iusta causa.*

La divergenza è stata cagione di un'acuta polemica da parte del Riccobono, ma di essa hanno colpa piuttosto i compilatori. A me sembra che i due scrittori non sieno propriamente nel vero nè l'uno nè l'altro (e sovrattutto non sia nel vero il Riccobono, che prescinde assolutamente dalla saliente caratteristica della signoria legittima, la difesa *erga omnes*) per quel che concerne il diritto classico, che non basa la distinzione sugli effetti civili o pretorî e non parla di *possessio civilis* e *possessio honoraria;* ma penso invece che abbiano ragione entrambi per diritto giustinianeo, in quanto entrambi hanno colto la vera tendenza *sostanziale* di Giustiniano e per quel che è delle divergenze *formali*, esse esistevano già nei compilatori.

La tendenza sostanziale del diritto giustinianeo, che ha poi trionfato e condotto alla definitiva distruzione dell'istituto del possesso nel suo tipo romano, è quella di estendere la tutela anche alla detenzione (1). L'*interdictum unde*

---

(1) Questa tendenza, al solito, ha la sua spiccata espressione nei bizantini. Lo scolio 13 di Doroteo alla L. 1, § 9, *de vi Bas.*, 60, 2, 7, sch. 13; V, 574, dichiara che è spogliato chiunque possegga, sia giuridicamente, sia civilmente, sia *naturalmente* (εἴτε ἐννόμως, εἴτε πολιτικῶς, εἴτε φυσικῶς). Hembach non traduce il membro εἴτε ἐννόμως. Il rivolgimento e, potremmo dire, l'annichilimento del possesso non si palesa del resto unicamente circa la tutela interdittale, ma in ordine a tutti i rapporti inerenti al possesso, principalmente la posizione di convenuto nella *rei vind.* e nell'*actio ad exhibendum*, che si allarga pur essa alla detenzione. Tutto porta alla distruzione del concetto antico e romano del possesso, consumata nel diritto odierno, che per la difesa stessa ora considera qualche cosa di meno, come la mera detenzione, ora qualche cosa di più, come il possesso legittimo del nostro Codice civile, ora qualcosa di diverso, come il godimento dei diritti (la *possessio iuris*

vi è concesso oramai direttamente all'usufruttuario ed è inutile alterare con un'erronea punteggiatura la L. 3, § 13, D., 43, 16, che lo dichiara espressamente; ed è concesso pure all'usufruttuario e all'usuario l'interdetto *uti possidetis* (L. 4, D., 43, 17); il tutto contro espressi testi classici, che escludono la *possessio* e la tutela possessoria *diretta* nell'usufruttuario e nell'usuario (*Fr. Vat.*, 90 e 91). Sono pure da considerare molto probabilmente come possessori nel diritto giustinianeo l'enfiteuta e il superficiario, cioè per lo meno (aggiungendo la figura classica del creditore pignoratizio) tutti i titolari di diritti reali che hanno la detenzione della cosa. Ora dalle interpolazioni eseguite nella L. 1, §§ 9 e 10, D., 43, 16, e nella L. 3, § 15, D., 10, 4, e forse anche altrove sembra che i compilatori abbiano voluto operare questa riforma, qualificando la *possessio* pura e semplice come *possessio naturalis* o *corporalis*, ed estendendo così la tutela alla detenzione, salvo alcune eccezioni, come il colono. È questa la tesi dell'Albertario. Così al fine di estendere la tutela della *possessio* all'usufruttuario, all'usuario, ecc., possessori naturali, i compilatori sarebbero tratti a qualificare come possessori naturali o corporali il coniuge donatario (la L. 1, §§ 9 e 10, D., 43, 16, nel suo tenor genuino parlava di *possessio iniusta:* v. sopra pag. 546, cn. *l*) e il creditore pignoratizio, che erano nel diritto classico veri possessori (sia pure con qualche anomalia — il carattere ingiusto, il difetto di *animus possidendi* — che può spiegare la facilità dei compilatori nell'attribuire a ciascun d'essi l'epiteto di *naturalis*), quindi non possessori naturali. Se non che molto probabilmente un'altra corrente, la quale ha il suo riflesso debole nella L. 7, § 1, D., 10, 4, intendeva invece, sempre contro l'uso classico, di significare il possesso vero con la

---

del diritto giustinianeo). Gli è perciò che parlare di una nozione e di un fondamento unico del possesso, di una giustificazione eterna, uguale della difesa possessoria e trasportare il problema nel campo filosofico è al giorno d'oggi, in cui la critica storica ha sciolto tanti misteri, uno spettacolo pietoso.

terminologia della *possessio civilis*, estendendo però la difesa anche alla detenzione o *possessio naturalis*, salvo sempre alcune eccezioni. È la tesi del Riccobono (1).

Quanto ai numerosissimi scolî greci, salvo l'insistenza *nuova* sugli effetti distinti, usucapione e interdetti, essi rispecchiano le oscillazioni dei testi classici. Ma questo giova osservare ed è un punto su cui non sarà mai soverchio l'insistere. Il termine ἔννομος, cioè legale o giuridico, e i termini analoghi sono epiteti o qualifiche che si aggiungono al possesso per significare il possesso romano, la *possessio* senza alcun epiteto; invece *possessio civilis* si rende costantemente πολιτικὴ νομή. Anche fuori del possesso la terminologia *civilis* è resa d'ordinario con πολιτικός, più raramente con ἔννομος; ma nel tema del possesso gli scoliasti bizantini si son valsi con rigore costante di questa duplice terminologia da un lato per qualificare la *possessio* (come era per essi necessario), dall'altro per significare la *possessio ex iusta causa*.

Essi hanno così costruito la scala φυσικὴ νομή (possesso naturale o detenzione), ἔννομος νομή o espressioni similari (la *possessio* romana), πολιτικὴ νομή (il possesso civile o *ex iusta causa*) (2). La teoria che il Riccobono attribuisce ai giureconsulti classici in ordine alla *possessio civilis* è bizantina: è solo nel nuovo diritto che la *possessio civilis* non è e non può essere più compresa se non in questa funzione di possesso atto all'usucapione: sono i giureconsulti bizantini che parlano con linguaggio nuovo di possesso civile e *pretorio* (Bas., 15, 19 sch., 24 di Stefano: ad L. 9, D., 6, 1; Zach., *Suppl.*, 6 e 7); sono essi che per dare un significato e un contenuto pratico alla *possessio civilis*, riferendola all'usucapione, cioè all'effetto civile del possesso,

---

(1) Nei tardi bizantini l'eccezione menzionata, cioè il colono, sparisce. Harmenop., II, 1, 2, dichiara che il possesso (νομή) deriva spesso anche dalla locazione.

(2) I termini δίκαιος, ἄδικος sono stati riservati alla possessio *iusta* e *iniusta*.

hanno collocato tutto il peso sulla *iusta causa* o anche sulla *bona fides*, cioè sui requisiti dell'usucapione anzichè sulla legittimità della *possessio nel senso classico* (cfr., per es., gli scolî citati sopra, e anche Bas., 15, 19 sch., 24 di Stefano; Zach., *Suppl.*, pag. 7, ad L. 90, 6, 1): « tutti costoro non posseggono civilmente, ma naturalmente o per diritto pretorio (πρακτωρίως) e non possono usucapire ».

Malgrado la ricca polinomia bizantina, le categorie sono, costantemente osservate e nettamente differenziate nei termini. *Non una sola volta* epiteti esprimenti la legalità sono usati a tradurre la *possessio civilis*. Viceversa *non una sola volta* πολιτικὴ νομή è adoperata a significare il mero possesso giuridico. Essa esige sempre la *iusta causa*. Nè è da far la distinzione che il Riccobono stabilisce tra varie epoche degli scolî. D'altra parte solo per distrazione, mi sembra, l'illustre collega è tratto dall'amore per la tesi a citare come scolî di data più recente Bas., 60, 17, 1 sch., 14 e Bas., 60, 17, 14 sch., 2 (Riccobono, in *Studi per Chironi*, pag. 402), i quali appartengono entrambi a Doroteo, commissario della compilazione, e a considerare come di data più recente la triplice partizione (l. c., pag. 398), che ci risulta pure da uno scolio che appartiene allo stesso Doroteo (60, 71, 7 sch., 13; v. sopra).

Oscillazioni come quella relativa all'usufruttuario, cui ora si riconosce, ora si nega il possesso, le abbiamo anche nel Digesto; e se soltanto ora, e dietro la critica del Riccobono, io e con me, credo, molti colleghi riconosciamo la difesa possessoria *diretta* dell'usufruttuario nel diritto giustinianeo, ciò dimostra quale sia lo stato deplorevole delle fonti del *Corpus iuris* in proposito, che non può non riflettersi negli scoliasti greci, ma non turba il significato incrollabile delle categorie antitetiche stabilite dalle due serie principali ἔννομος νομή ed espressioni similari da un lato, e πολιτικὴ νομή dall'altro.

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

Diritto Romano.

Institutiones.

I 12, § 8, p. 154.
II 7, § 4, p. 435 n. 1.
» 12, p. 563 n. 2.
» 25, § 4, p. 298.
III 24, § 4, p. 304.
» 27, § 3, p. 402.
» 28, p. 119 n. 1.
» 29, p. 236 n. 1.
IV 3, § 13, p. 540 n. 1.
» 9, pr., p. 540 n. 1.
» 15, § 5, p. 527 n. 1.

Digesta.

I 3, 1, p. 111.
» » § 15, p. 590 n. 1.
» » 13, p. 247 n. 2.
» 7, 5, p. 154.
» » 13, p. 540 n. 1.
» 8, 6, § 4, p. 383 n. 2.
» 12, 1 pr., p. 456 n. 1.
II 1, 9, p. 215 n. 1, 216 n. 1.
» 6, 5, p. 575 n. 4.
» 8, 15 pr., p. 252.
» 10, 1, § 4, p. 217.
» 14, 1, § 1, p. 146.
» » » § 2, p. 108 n. 1, 149, 329.
» » » § 3, p. 114 n. 5, 140 n. 1, 329.
» » 2 pr., p. 159.
» » 6, p. 143.
» » 7, § 1, p. 114.
» » » § 2, p. 114 n. 1, 129, 140 n. 2.
II 14, 8, p. 389 n. 4.
» » 9, p. 389 n. 4.
III 1, 1, § 6, p. 540 n. 1.
» 3, 40, § 4, p. 182.
» » 63, p. 250.
» 5, 3, § 7, p. 114 n. 4.
» » 15 (16) p. 114 n. 3, 139 n. 2, 330.
IV 2, 9, § 6, p. 564 n. 2.
» » 14, § 15, p. 217.
» » 16, § 2, p. 218 n. 5.
» 3, 17 pr., p. 219.
» 4, 7, p. 121, 123.
» » 25, § 1, p. 253 n. 2.
» 6, p. 569 n. 2.
» » 19, p. 571 n. 1.
» 8, 27, § 7, p. 324.
V 1, 20, p. 114 n. 5, 115 n. 3, 330.
» 3, 3, § 1, p. 540 n. 1.
» » 13, § 1, p. 547 n. 1.
» » 25, § 11, p. 7 n. 2.
VI 1, 9, p. 527, 598.
» » 27, § 4, p. 527.
» » 62, p. 5.
» 2, 9, p. 540 n. 1.
VII 1, 69, p. 5.
» 2, pr. e § 1, p. 540 n. 1.
» » 1, § 4, p. 438.
» 4, 4, § 3, p. 527.
» 8, 19, p. 459 n. 1, 495.
VIII 1, 4, p. 109 n. 2.
» » 8 pr., p. 362.
» 2, 5, p. 157.
» » 13 pr., p. 419, 433, 500.
» » § 1, p. 384, 409 n. 1.
» » 15, § 1, p. 359.

VIII 2, 19 pr., p. 419, 500, 507.
» » 24, p. 431.
» » 25 pr., p. 431.
» » 26, p. 376, 385 n. 2, 389 n. 3, 390, 404, 406, 407, 430, 496, 497.
» » pr., p. 414 n. 2.
» » 27, § 1, p. 414.
» 3, 4, p. 407.
» » 5, § 1, p. 361.
» » 6, § 1, p. 360, 361.
» » 11, p. 383, 496.
» » 13, p. 109 n. 2, 141 n. 1.
» » 19, p. 361, 383, 496.
» » 28, p. 383, 396.
» 4, 18, p. 383, 496.
» 5, 2, § 3, p. 574 n. 1.
» » 6, § 1, p. 389.
» » § 2, p. 350, 540 n. 1.
» » § 9, p. 373.
» » § 10, p. 374, 375.
» » 8, § 5, p. 388 n. 1.
» » 11, p. 385 n. 1 e 2, 394, 403, 407, 430, 496.
» » 14, § 1, p. 417 n. 2, 467 n. 10.
IX 2, 11 § 2, p. 215 n. 1, 228 n. 1.
» » § 8, p. 215 n. 1.
» » 27, § 10, p. 384 n. 1.
» » 51, § 1, p. 415 n. 1.
» » § 2, p. 215 n. 1.
» 3, 1, p. 230.
» » 2, p. 230.
» » 3, p. 230.
» » 4, p. 230.
» » 5, § 5, p. 231.
» » 32 pr., p. 215 n. 1.
» 4, 4, § 3, p. 221 n. 6.
» » 5 pr., p. 219.
» » 7, § 1, p. 221 n. 6.
» » 9, p. 221 n. 5.
» » 17 pr., p. 220.
» » 22, p. 528.
X 1, 4, § 7, p. 467 n. 9.
» 2, 5, p. 389 n. 4.
» » 10, p. 566 n. 4.
» » 24, § 16, p. 402.
» » 25, § 16, p. 139 n. 4.
» » 28, p. 429.
» » 35, p. 536, 550.
» 3, 2, p. 512.
» » 3, p. 392.
» » 5 pr., p. 527.
» » 7, § 4, p. 527.
X 3, § 11, p. 536, 551.
» » 12, p. 410, 414.
» » 14, § 1, p. 401 n. 2.
» » § 2, p. 512.
» » § 3, p. 390, 514.
» » § 4, p. 390.
» » 23, p. 380, 467 n. 7. 508.
» » 27, p. 383.
» » 28, p. 184 n. 2, 385 n. 1 e 2, 395, 401, 419, 430, 496, 497.
» 4, 1, § 15, p. 543 n. 1.
» » 2, p. 512.
» » 3, p. 392.
» » 3, § 15, p. 527, 540, 555, 597.
» » 5 pr., p. 527.
» » 7, § 1, p. 552, 595, 597.
» » § 4, p. 527.
XI 7, 3 pr., p. 222.
» » 3, p. 383.
» » 4, p. 537.
» » 12, § 4, p. 263.
» » 14, § 2, p. 262.
» » § 4, p. 275 n. 1.
» » 41, p. 383, 496.
XII 1 9 pr., p. 114 n. 2, 139 n. 5.
» » 41, p. 527.
» 3, 7, p. 540 n. 1.
» 5 2, § 2, p. 111.
» » 3, p. 105.
» » 15, p. 15.
» 6, 26, § 4, p. 512.
» » § 12, p. 7 n. 3.
» » 33, p. 139 n. 1.
» » 62, p. 77 n. 1.
» » 64, p. 15.
XIII 2, 1, p. 118 n. 2.
» 6, 5, § 15, p. 384, 495.
» » 17, § 3, p. 115 n. 2, 116 n. 1.
» 7, 11, § 7, p. 250, 253, 256.
» » 12, p. 253 n. 2, 256.
» » 37, p. 532, 543 n. 1.
» » 40, § 2, p. 541 n. 1.
XIV 4, 1, § 3, p. 155.
» 5, 1, § 3, p. 182.
» 6, 12, p. 155.
» » 16, p. 155, 203.
XV 1, 32 pr., p. 237, 242 post.
» » § 1, p. 239.
» » 41, p. 11, 102.
XVI 3, 1, § 6, p. 114 n. 2.
» » § 36, p. 372.
» » § 43, p. 232.

XVI 3, 14, p. 372.
» » 22, p. 372.
» » 31, p. 114 n. 2.
XVII 1, 12, § 17, p. 263.
» » 13, p. 278.
» » 27, § 1, p. 262.
» » 32, p. 114 n. 2.
» » 34 pr., p. 114 n. 2.
» » 59, § 1, p. 114 n. 2.
» » 60, § 4, p. 256 n. 1.
» 2, 4 pr., p. 159.
» » 16, § 1, p. 514.
» » 31, p. 402.
» » 51 pr., p. 467 n. 6.
» » 52, § 9, p. 399 n. 2.
» » § 10, p. 410 n. 1.
» » 67, p. 383, 496.
» » 70, p. 513.
» » 76-78 p. 324.
XVIII 5, 5 p. 109 n. 1.
XIX 1, 13, § 25, p. 251, 253.
» » 35, § 2, p. 380.
» 2, 2, § 1, p. 304.
» » 13, § 11, p. 184 n. 2, 299.
» » 22, § 2, p. 308.
» » 35, § 1, p. 467 n. 7.
» 5, 15, p. 130.
XX 6, 7, § 1, p. 250, 253.
XXI 2, 12, p. 383, 496.
» » 16, p. 564 n. 3.
XXII 1, 25, p. 383 n. 1, 459 n. 1.
» » 28, § 10, p. 552.
» » 38, § 10, p. 527, 537.
» » 45, p. 5, 547 n. 1 e 2.
» 6, 5, p. 449 n. 1.
XXIII 1, 7, § 1, p. 153.
» » 11, p. 153.
» » 12 pr., p. 153.
» 3, 5, § 5, p. 566 n. 2.
» » 6, § 1, p. 566 n. 2.
» » 12 pr., p. 181.
» » 75, p. 563 n. 2.
» 4. 23, p. 245 n. 2.
» » 29, p. 245 n. 2.
XXIV 1, 5, § 15, p. 77 n. 1.
» » 17, p. 547 n. 7.
» » 23, p. 540 n. 1.
» » 24, p. 201, 547 n. 1.
» » 26, p. 546 (l), 557, 559.
» » 44, p. 201.
» 2, 5, p. 570 n. 1.
» 3, 1, § 2, p. 182.
» » 2, § 2, p. 154.
» » 45, p. 128 n. 1.
XXV 7, 12, § 3, p. 340.
» » 45, p. 210 n. 1.
XXV 7, 48, p. 340.
» » 55, § 1, p. 215 n. 1, 222.
» 8, 12, p. 434 n. 1.
XXVI 8, 5 pr., p. 7 n. 4.
XXVII 3, 1, § 22, p. 223 n. 2.
» » § 23, p. 223 n. 2,
» » 2, § 1, p. 223 n. 2.
» » § 2, p. 223 n. 2.
» 6, 7, § 4, p. 223.
» » 8, p. 223.
» 9, 5, § 2, p. 566 n. 3.
» 10, 7, § 3, p. 385 n. 3.
» » 12, p. 340.
XXIX 1, 8 pr., p. 365.
XXX 1, 8, § 1, p. 211.
XXXI 1, 17, § 20, p. 393 n. 1.
» » 88, § 1, p. 274 n. 1.
XXXII 1, 11, § 23, p. 371.
» » § 24, p. 371.
» » 80, p. 437.
XXXIII 1, 7, p. 282.
» 3, 4, p. 400, 406, 416.
» » 5, § 15, p. 416.
» 4, 11, p. 245 n. 2.
XXXIV 4, 30, § 2, p. 274 n. 1.
XXXV 1, 112, § 2, p. 274 n. 1.
» 2, 1, § 19, p. 262.
» » 80, § 1, p. 370.
XXXVI 1, 47 (45) p. 77 n. 1.
» » 61 (59) § 1, p. 245 n. 2.
XXXVII 6, 3, § 2, p. 563 n. 2.
» » 4, p. 563 n. 2.
» 7 1, § 9, p. 563 n. 2.
» » § 11-12, p. 563 n. 2.
» » 2, § 1, p. 563 n. 2.
XXXIX 1, p. 416 n. 1.
» » 1 pr., p. 416 n. 1.
» » § 13, p. 498.
» » 2, p. 416 n. 2.
» » 3, p. 411.
» » § 1, p. 389 n. 1, 415, 467 n. 9.
» » § 2, p. 467 n. 9.
» » 5, p. 399 n. 1.
» » § 5, p. 467 n. 3.
» » § 6, p. 383, 467 n. 5.
» » § 10, p. 389 n. 2.
» » 10, § 11, p. 498.
» » 21, § 5, p. 228 n. 1, 467 n. 4.
» » § 7, p. 467 n. 5.
» 2, 3, § 2, p. 417, 432.
» » 5, § 1, p. 466 n. 4.
» » 7, p. 560 n. 1.
» » 15, § 18, p. 440.
» » 27, p. 466 n. 4.
» » 32, p. 408, 414.
» » 35, p. 408.

XXXIX 2, § 1, p. 508.
» » 37, p. 408.
» » 38, § 1, p. 401 n. 1.
» » 40, § 2-3, p. 466 n. 4.
» » 41, p. 409, 412.
» » 44, § 1, p. 286.
» 3, 6, § 1, p. 467 n. 1.
» » 10 pr., p. 383, 496.
» » 11, § 1-2, p. 467 n. 1.
» » 27, p. 66.
» » 34, p. 66.
» 4 3, § 3, p. 215 n. 1.
» » 6, p. 216 n. 1.
» 5, 7 pr., p. 340.
» » § 1, p. 340.
» » § 3, p. 340.
» » 15, p. 111 n. 1.
» » 31, § 4, p. 111 n. 1.
XL 12, 7 pr., p. 448 n. 1.
» » § 1, p. 449 n. 2.
» » § 3, p. 447, 449 n. 2, 452.
» » 22, § 1, p. 449 n. 2.
» » 30, p. 435.
» 13, 5, p. 449.
XLI 1, 3, § 3, p. 542 n. 1.
» » § 23, p. 532.
» » 7, § 7, p. 305.
» » 9, § 4, p. 256, 340.
» » § 5, p. 159 n. 1.
» » 42, p. 563 n. 2.
» » 44, p. 540 n. 1.
» » 48, p. 540 n. 1.
» 2, 1 pr., p. 524, 537, 552, 590 n. 1.
» » § 1, p. 552, 590 n. 1.
» » § 3, p. 556, 573 n. 2.
» » § 4, p. 547, 557, 558 n. 2, 573 n. 1 e 3.
» » § 7, p. 451 n. 2.
» » § 15, p. 541 n. 1, 543 n. 1, 583 n. 1.
» » 3, § 3, p. 538, 553.
» » 12 pr., p. 538.
» » § 1, p. 553.
» » 13, § 4, p. 571 n. 1.
» » § 12, p. 527 n. 1, 546 (l).
» » 15, § 4, p. 541.
» » 16, p. 527 n. 1, 546 (l), 547.
» » 17, § 1, p. 571.
» » 23 pr., p. 570 n. 3.
» » § 1, p. 527 n. 1, 569 n. 2, 571 n. 1.
» » § 2, p. 538, 553.
» » 24, p. 539, 554.
» » 29, p. 558 n. 1.
» » 38, § 7-8, p. 554.
XLI 2, 41, § 1, p. 574 n. 3.
» » 44 pr., p. 575 n. 1.
» » 49, p. 539, 554, 574 n. 2, 590 n. 2.
» » 57, p. 547 n. 1 e 2.
» 3, 13, p. 543 n. 1.
» » 16, p. 583.
» » 23, p. 252.
» » 25, p. 577 n. 1.
» » 44, § 3, p. 571 n. 1.
» 4, 2, § 18, p. 571 n. 1.
» » 7, § 6, p. 256 n. 2.
» » 35, p. 256 n. 2.
» 6, 1, § 2, p. 547.
» 7, 2, § 1, p. 547.
» » 3, p. 435, 464 n. 2.
» » 5, p. 564 n. 2.
XLII 2, 1, p. 180.
» 4, 3, § 3, p. 139 n. 3, 330.
» 5, 28, p. 563 n. 2.
XLIII 8, 2, § 11, p. 507.
» » § 12, p. 507.
» » § 14, p. 507.
» » 3, § 38, p. 575 n. 1.
» 16, 1, § 9, p. 540 n. 1, 543 n. 1, 597.
» » § 10, p. 540 n. 1, 543 n. 1, 596.
» » § 13, p. 224, 227.
» » § 19, p. 595.
» » 3, § 3, p. 597.
» » § 13, p. 546 n. 1, 596.
» » § 15, p. 595.
» » 11, p. 388 n. 1.
» 17, 2, p. 546 (l).
» » 3, § 4, p. 388 n. 1.
» » § 9, p. 388 n. 3.
» » 4, p. 597.
» 19, 3, § 11, p. 409.
» 21, 1 pr., p. 409.
» 24, 1, § 5, p. 388 n. 2.
» » 6, p. 225.
» » 7, § 5, p. 498.
» » § 7, p. 498.
» » 13, § 3, p. 388 n. 4.
» » 15, § 2, p. 226.
» » 15, § 4, p. 543 n. 1.
» 25, 1, p. 399 n. 1, 416 n. 1.
» 26, 2, § 3, p. 576 n. 1.
» » 8, § 2, p. 203.
» » 14, p. 115, 132 n. 1.
» » 22, § 1, p. 541, 556.
XLIV 7, p. 369.
» » 1 pr., p. 118 n. 2, 140, 402.
» » § 8, p. 210 n. 1.
» » 1, p. 369.

XLIV 7, 10, p. 13 n. 1, 49 n. 1, 109 n. 2.
» » 25, p. 115 n. 1.
» » 14, p. 540 n. 1.
» » 15, p. 140.
» » 25, p. 115 n. 4, 118 n. 2.
» » 31, p. 114 n. 2.
» » 52, § 5, p. 118 n. 2.
» » § 6, p. 118 n. 2.
» » 55, p. 141 n. 1.
XLV 1, 2, p. 369.
» » § 1, p. 374 n. 1.
» » § 3, p. 370.
» » 38, § 6, p. 593.
» » § 7-8, p. 539, 593.
» » § 9, p. 558 n. 2, 593.
» » 72, p. 372, 375.
» » 83 pr., p. 133 n. 1.
» » 85, p. 369.
» » § 13, p. 375 n. 1.
» » 116, p. 210 n. 1.
» » 126, § 2, p. 8 n. 1.
» 2, 3 pr., p. 210 n. 1.
» » 9 pr., p. 124 n. 1.
» » § 2, p. 210 n. 1.
» » 13, p. 210 n. 1.
» » 19, p. 236 n. 1.
» » 50, p. 210 n. 1.
» 3, 1, § 4, p. 434 n. 1.
» » 5, p. 477 n. 1.
» » 7, p. 434 n. 1.
» » 8, p. 434 n. 1.
» » 9, p. 434 n. 1.
» » 10, p. 434 n. 1.
» » 15, p. 434 n. 1.
» » 16, p. 434 n. 1.
» » 17, p. 434 n. 1.
» » 19, p. 434 n. 1.
» » 27, p. 434 n. 1.
XLVI 1, 16, § 4, p. 11, 13 n. 1, 49 n. 1, 102.
» » 71, p. 210 n. 1, 236 n. 1.
» 3, 81, § 1, p. 372.
» » 95, § 3, p. 102.
» » 108, p. 262, 264, 278.
» 4, 16, p. 210 n. 1.
» 8, 14, p. 210 n. 1.
XLVII 2, 21, § 9, p. 215 n. 1.
» » 33, p. 223 n. 2.
» » 68 (67) p. 543 n. 1, 560 n. 3.
» 4, 1, § 15, p. 558 n. 1.
» » § 19, p. 215 n. 1.
» 6, 1 pr., p. 215 n. 1.
» 8, 2, § 15, p. 215 n. 1.
» 10, 1, § 9, p. 215 n. 1.
XLVII 10, 15, § 36, p. 383 n. 3, 467 n. 8.
» » 18, § 2, p. 215 n. 1.
» » 34, p. 215 n. 1.
» » 41, p. 215 n. 1.
XLVIII 5, 5, § 1, p. 575 n. 3.
» » 29 (28), p. 118 n. 2.
» 6, 5, § 1, p. 575 n. 1.
» 8, 2, § 22, p. 567 n. 1.
XLIX 15, 8, p. 569 n. 3.
» » 12, § 2, p. 569 n. 2, 571 n. 1.
» » § 3, p. 153, 181.
» » 14, § 1, p. 569 n. 3.
L 1, 2 pr., p. 155, 184 n. 1.
» 2, 7, § 3, p. 155.
» 12, 3 pr., p. 146, 149.
» 16, 5, § 1, p. 309.
» » 10, p. 11, 102.
» » 19, p. 114 n. 1 e 6, 123, 140 n. 2.
» » 108, p. 102.
» 17, 19, p. 139 n. 3.
» » 23, p. 114 n. 2, 330, 439 n. 2.
» » 84, § 1, p. 84 n. 1.
» » 87, p. 540 n. 1.

Codex Justinianus.

II 55 (56), p. 156.
III 6, 3, p. 229 n. 2.
» 34, 2, p. 254.
» 37, 5, p. 512.
» 38, 7, p. 383, 496.
IV 6, 24, p. 229 n. 1.
» 8, 1, p. 215 n. 1.
» 11, » p. 278.
» 66, p. 141.
V 4, 25, § 1, p. 181.
» 12, 1, p. 244 n. 1.
» » 2, p. 245.
» 14, 4, p. 245 n. 2, 247 n. 2.
» 37, 22, § 6, p. 257.
VI 4, 28, § 5, p. 257.
» » 21 pr., p. 229 n. 1.
» 35, 9, p. 229 n. 1.
» 50, 1, p. 77 n. 1.
VII 7, 7, p. 435 n. 1.
» 13, » § 1, p. 229 n. 1.
» 16, 5, p. 575 n. 1.
» 32, 10, p. 576 n. 1, 579 n. 1.
» 39, 3, § 1, p. 229 n. 1.
» 40, » p. 229 n. 1.
VIII 4, 28, p. 229 n. 1.
» 10, p. 410.
» 40 (41), 28, p. 235.

VIII 48 (49), 5, p. 154.
» 54, p. 247.
X 3, 6, p. 229 n. 1.
» 10, 27, § 5, p. 229 n. 1.
» 13, 1, p. 229 n. 1.
» 17, 2, p. 229 n. 1.
» 20, 10, p. 229 n. 1.
» 62 (60), 1, p. 155, 184 n. 1.
» 53 (52), 11, p. 229 n. 1.
XI 7, » p. 229 n. 1.
» 8, 7, p. 229 n. 1.
» 20, 4, p. 229 n. 1.
» 31, 5, p. 229 n. 1.

Cod. Theodosianus.

II 4, 4, p. 229 n. 1.
» 27, 1, § 3, p. 229 n. 1.
IV 14, 1, § 1, p. 229 n. 1.
V 1, 1, p. 159 n. 1.
XIII 3, 16, p. 229 n. 1.

Coll.

De r. r. VI, 27 p. 111 n. 1.

Gaii, *Inst.*

II p. 102-103, 271 n. 2.
» 31, p. 146.
» 64, p. 252 n. 3.
» 167, p. 159 n. 1.
III 100, p. 279.
» 147, p. 299, 304.
» 158, p. 266, 279.
» 168, p. 236 n. 1.
» 169-172, p. 236 n. 1.
» 173-175, p. 236 n. 1.
» 176-179, p. 236 n. 1.
» 180-181, p. 236 n. 1.

Gaii, *Ep.*

III 91, p. 118, n. 1.

Pauli, *Rec. Sent.*

I 3, 2 p. 255 n. 1.
IV 12, 1, p. 434 n. 2.
» » 5, p. 383 n. 2.
V 6, 5-7, p. 546 (1).
» 11, 6, p. 66.
V 19, 2, p. 410.
X 7, 8, p. 247.

Fragmenta Vaticana.

90, p. 546 n. 1, 597.
91, p. 597.
222, p. 540 n. 1.
258, p. 336, 550.
286, p. 246.

Ulpiani, *Fragmenta.*

I 17, p. 382.
» 18, p. 434.
VI p. 253.
VIII p. 253.
XIX p. 253.

Collatio, *Reg.*

XII 7, 8, p. 384 n. 1 e 2.

Basilicorum libri.

XV 1, 9, p. 527 n. 1.
» » 27, p. 527 n. 1.
» 4, 3, p. 527 n. 1, 581 n. 6.
» » 5, p. 527 n. 1.
» 19, 24, p. 598, 599.
XVI 4, 5, p. 527 n. 1.
XXIII 1, 43, p. 527 n. 1.
» 3, 38, p. 527 n. 1.
L 2, 13, p. 527 n. 1.
» » 15, p. 527 n. 1.
» » 22, p. 527 n. 1.
» » 61, p. 527 n. 1.
» 5, 2, p. 527 n. 1.
LVIII 2, 24, p. 431.
LX 17, 1, p. 599.
» » 14, p. 599.

Harmenopuli.

Man. II 4, 68, p. 431.
» » » 62, p. 431.
Prochiron 38, 15, p. 431.

Synopsis.

c. 24, p. 31.

Theoph.

Paraphr. III 13, 2, p. 149 n. 1.

Diritto moderno.

Codice civile italiano.

Art. 3, tit. prel. p. 35, 55, 57, 75.
» 113, p. 366.
» 138, p. 21.
» 147, p. 21.
» 291, p. 344.
» 294, p. 344.
Art. 296, p. 336.
» 341, p. 343, 345.
» 412, p. 313.
» 450, p. 285.
» 531, p. 355, 356, 357.
» 551, p. 503.
» 553, p. 503.
» 554, p. 503.

Art. 555, p. 503.
» 556, p. 503.
» 557, p. 503.
» 616, p. 355, 356, 357.
» 651, p. 305.
» 667, p. 389 n. 4.
» 675, p. 485, 499, 500, 503, 508.
» 676, p. 485, 499.
» 677, p. 485, 499, 500.
» 678, p. 471, 485, 488, 490, 491, 501.
» 679, p. 499.
» 681, p. 511, 512, 515.
» 687, p. 178.
» 705, p. 285.
» 710, p. 127 n. 1.
» 815, p. 21.
» 816, p. 21.
» 829, p. 21.
» 839, p. 21.
» 1051, p. 17, 25, 46, 58, 73.
» 1098, p. 127.
» 1123, p. 365.
» 1127, p. 364, 366.
» 1128, p. 268.
» 1130, p. 268.
» 1135, p. 158.
» 1136, p. 158.
» 1151, p. 25, 305.
» 1158, p. 305.
» 1236, p. 21.
» 1237, p. 16, 17, 19, 20, 31, 34, 46, 52, 53, 54, 57, 65, 70, 74, 76, 79, 80, 88 n. 4, 94 n. 1, 98, 99, 100.
» 1457, p. 327, 332.
» 1572, p. 337.
» 1634, p. 308.
» 1637, p. 308.
Art. 1638, p. 308.
» 1640, p. 308.
» 1641, p. 308.
» 1642, p. 308, 310.
» 1708, p. 512.
» 1733, p. 512.
» 1787, p. 305.
» 1789, p. 25.
» 1790, p. 25.
» 1802, p. 89.
» 1803, p. 89.
» 1804, p. 1, 20, 28, 87, 88 n. 4, 89.
» 1830, p. 20.
» 1899, p. 20.
» 1964, p. 285.
» 1966, p. 285.
» 2020, p. 285.
» 2106, p. 21.

Codice di commercio.

Art. 386, p. 326, 327, 328, 331.

Codice di procedura civile.

Art. 8-34, p. 319.

Codice civile francese.

Art. 590, p. 308.
» 612, p. 338.
» 1122, p. 364.
» 1195, p. 310.

Codice austriaco.

Art. 853, p. 491.

Codice svizzero.

Art. 63, p. 78.

Codice civile germanico.

§ 814, p. 78.

FONTI STORICHE E LETTERARIE

Amm. Marc.

XXIII 6, 22 p. 520 n. 6.

Apul.

Apol., c. 4, p. 243 n. 3.
c. 82, p. 243 n. 4.
75, 553, p. 147 n. 7.
c. 85, p. 243 n. 2.
Met., 4. 26, 293, p. 148 n. 3.

Arn.

Adv. nat., 4, 31, 5, p. 111 n. 1.
44, 7, 7, p. 111 n. 1.

S. Aug.
Conf.

I 18, 29, p. 147 n. 8.
III 8, 15, p. 147 n. 5.
» 9, 17, p. 147 n. 5.
IV 1, 2, p. 147 n. 6.
VIII 3, 1, p. 148 n. 1.

Caes.

De b. g., 8, 22, 2, p. 111 n. 1.
De b. al., 34, 1, p. 520 n. 6.

Ciceronis
Ad Att.

II 4, 5, p. 520 n. 1.
VII 7, 7, p. 112 n. 2.
» 8, 5, p. 522.
XI 9, 1, p. 111 n. 1, 112 n. 2.
XIV 16, p. 260 n. 2.

Ad Fam.

X 18, 3, p. 111 n. 1.
» 18, 5, p. 112 n. 2.

Pro Caec.

57, p. 256 n. 1.
20, 57, p. 259.

Top.

42, p. 259 n. 2.
4, 22, p. 384 n. 2.

De beneficiis

p. 68.

De officiis

51, 52, p. 162.

De or.

I 58, 249, p. 260 n. 2.
II 49, 200, p. 519.

C. Rufi
Alex.

VII 8, 35, p. 147 n. 11.
VIII 20, p. 520.

Dion.
Ant. rom.

4, 13, 1, p. 140 n. 2.

Dracontii
Carm.

796, p. 520 n. 4.

Med.

p. 148, n. 7.

Flav. Vop.
Arr.

28, 4, p. 520 n. 5.

Flori
Ep.

II 1, p. 520 n. 4.
III 13, p. 520 n. 4.

A. Gell.
Noct. att.

4, 4, p. 113 n. 4.
20, 1, p. 113 n. 5.

Justini
Epit.

II 6, 15, p. 520 n. 6.
III 7, 15, p. 111 n. 1.
VII 4, 7, p. 148 n. 1.
XI 2, 10, p. 520 n. 4.
XXIV 3, 8, p. 111 n. 1.
XXVIII 1, 4, p. 111 n. 1.
XXX 2, 4, p. 520 n. 6.
XXXVII 1, 2, p. 148 n. 1.
XXXVIII 7, 10, p. 520 n. 6.
XLI 1, 3, p. 520 n. 2.

Juven.
Sat.

6, 25, p. 148 n. 1 e 5.

Liv.
Hist. rom.

3, 2, p. 111 n. 1.
» 10, p. 520 n. 1.
» 14, p. 522 n. 2.
4, 6, p. 522 n. 2.
5, 52, p. 111 n. 1.
24, 27, p. 522 n. 5.
25, 28, p. 520 n. 1.
26, 39, p. 521 n. 5.
» 41, p. 521 n. 1.
29, 32, p. 520 n. 6.
31, 31, p. 520 n. 1.
32, 10, p. 523 n. 2.
» 25, p. 147 n. 2.
» 33, p. 520 n. 1.
33, 18, p. 520 n. 1.
» 19, p. 520 n. 1.
» 21, p. 520 n. 6.
» 39, p. 520 n. 1.
» 40, p. 520 n. 1.
» 41, p. 520 n. 6.
34, 57, p. 147 n. 3.
» 58, p. 520 n. 1.
» 62, p. 520 n. 1.
35, 12, p. 523 n. 1.
» 16, p. 520 n. 6.
» 46, p. 147 n. 2.
36, 32, p. 520 n. 1.
37, 8, p. 521 n. 5.
» 26, p. 521 n. 5.
» 35, p. 521 n. 1.
» 53, p. 520 n. 1.
38, 16, p. 520 n. 1.
» 34, p. 520 n. 1.

38, 37, p. 147 n. 3.
» 59, p. 520 n. 1.
39, 24, p. 520 n. 1.
» 25, p. 520 n. 1.
40, 56, p. 520 n. 6.
41, 19, p. 520 n. 6.
42, 25, p. 520 n. 6.
» 40, p. 147 n. 2.
» 50, p. 520 n. 6.
» 52, p. 520 n. 1.

Lucani
Phars.

I 110, p. 520 n. 4.
II 454, p. 521 n. 6.
» 610, p. 520 n. 1.
» 658-659, p. 520 n. 1.
III 419-920, p. 520 n. 1.
VII 710, p. 520 n. 1.

Macrobii
Sat.

I 7, 19, p. 520 n. 4.

Martialis
Ep.

9, 101, 13 p. 520 n. 6.

Mon. Ancyr.
Res gestae divi Aug.

c. 27, p. 520 n. 1.

Orosii
Hist.

III 23, 61, p. 520 n. 4.

Ov.
Ars Am.

1, 10, 47, p. 147 n. 7.

Ep. her.

11, 16, p. 520 n. 6.

Fast.

III 631, p. 520 n. 6.
IV 160, p. 521 n. 3.
V 702, p. 147 n. 3.

Met.

IV 690, p. 522 n. 4.
» 701, 705, p. 147 n. 3.
» 703, 705, p. 147 n. 1.
VIII 187, p. 521 n. 2.
XIV 451, p. 147 n. 3.

Trist.

5, 2, 52, p. 147 n. 9.

Petr. Arb.
Sat.

30, 1, p. 280 n. 2.
114, 3, p. 521 n. 6.

Plauti
Asin.

735, 736 (III, 3, 145-146), p. 147 n. 7.

Poen.

III 5, 30, 36-37, p. 148 n. 1.

Plinii
Nat. Hist.

XXX 1, 13, p. 522 n. 3.

Pomp. Melae
Chor.

11, 1, 12, p. 147 n. 3.
I, 2, 14, p. 520 n. 3.

Prop.
El.

4, 20, 25, p. 147 n. 3.
5, 3, 11, p. 147 n. 7.

Quintil.
Inst. or.

4, 2, 49, p. 113 n. 6.
6, 1, 52, p. 519 n. 1.
3, 13, p. 521.

Decl.

345, p. 260 n. 1.

Sall.
Cat.

48, p. 113 n. 7.

Iug.

16, 5, p. 520 n. 1.
18, 11, p. 520 n. 1.
» 12, p. 520 n. 1.
48, 3, p. 520 n. 1.

Sen.
De ben.

III 15, 1, p. 147 n. 12, 148 n. 6.
IV 29, p. 162.
V 4, 4, p. 520 n. 4.
VII 12, p. 454 n. 1.

Oct.

194, p. 454 n. 1.

Dial., De cons.

XI 7, 3, p. 520 n. 4.

Sil. It.
Pun.

4, 504, p. 147 n. 3.
7, 687, p. 521 n. 4.
13, 46, p. 520 n. 1.
15, 700, p. 520 n. 1.
16, 152, p. 520 n. 6.
» 647, p. 520 n. 1.
17, 79, p. 147 n. 4.

Statii
Ach.

II 69 (355), p. 148 n. 2.

Taciti
Hist.

III 60, p. 147 n. 2.

Terentii
Adelphi.

175-176, p. 520 n. 6.

Val. Max.

IV 8, 4, p. 520 n. 1.
» 1, 10, p. 520 n. 1.
VIII 14, 1, p. 520 n. 1.

Varronis
De re rust.

1, 68, p. 113 n. 2.

Vellei Paterculi
Hist.

II 28, 5, p. 520 n. 1.
» 38, 4, p. 520 n. 1.

SCRITTORI CITATI

Albertario, p. 140 n. 2, 216, 322 n. 1, 531 n. 2, 536, 538 (*b*), 539 (*c*), 541 (*g*), 551 (*m*), 553 (*o*), 575 (*e*), 594 (*m*. 1), 597.
Alibrandi, p. 221, 223, 230, 237, 526, 581.
Arangio-Ruiz, p. 122 n. 1, 136, 392, 401, 402 n. 1, 412, 414, 551 (*m*).
Armissoglio, p. 290.
Arndts-Serafini, p. 368, 581, 582.
Ascoli Alfredo, p. 26 n. 1, 211, 212, 216, 218, 219, 222, 224, 230, 233, 371 n. 1.
Ascoli Graziadio, p. 305.
Audibert, p. 110 n. 2.

Barassi, p. 133, 287, 288, 291, 292, 294, 302, 305, 306, 307.
Barinetti, p. 582.
Barrault, p. 204 *post.*
Barth, p. 472.
Baudry-Lacantinerie, p. 51, 52 n. 1.
Baviera, p. 305.
Belotti, p. 73, 74 n. 1, 88, 90, 92, 93.
Berger, p. 249 n. 1, 392, 401 n. 1, 407 n. 1, 412, 425.
Bessler, p. 221, 397 n. 1, 513.
Betti, p. 101, 122 n. 1, 141 n. 1, 242 *post.*
Bianchi, p. 487, 490.
Binder, p. 211, 216, 218, 223, 237, 375 n. 1.
Biondi, p. 218, 536, 551 (*m*).
Böcking, p. 254.
Bonelli, p. 377 n. 2, 379, 482.
Braun, p. 580.
Bréal, p. 517 n. 1.
Brini, p. 586.
Brinz, p. 468, 566, 567.
Brunetti, p. 54 n. 1.
Bruns, p. 591.
Büff, p. 423.
Burchardi, p. 584.

Carnelutti, p. 85 n. 1, 314, 458, 470.
Cattaneo, p. 289.
Christiansen, p. 582.
Cicala, p. 483, 484.
Cognetti De Martiis, p. 133, 134.
Colabattista, p. 302, 303, 310.
Coli, p. 266 n. 1.
Comes de Reinach, p. 580.
Coviello, p. 98, 99, 100, 204, 306, 364, 366, 377 n. 2.
Crome, p. 51, 88.
Cuiacio, p. 590 n. 1.
Cupero, p. 546, 579 n. 2.

Dalloz, p. 280.
Dal Vitto, p. 487.
De-Carretto, p. 302.
De Crescenzio, p. 39, 63, 65, 97, 98, 584.
De Francisci, p. 140 n. 2.
Dernburg, p. 50 n. 1.
Dernburg-Sokolowski, p. 33, 50 n. 1.
De Semo, p. 212 n. 1, 214 n. 1, 241 n. 1.
Dietzel, p. 263 n. 3.
Diez, p. 423, 472, 473.
Di Marzo, p. 109 n. 2.
Doveri, p. 582.

Ebel, p. 517 n. 1.
Ehrlich, p. 176 n. 1.
Eigenbrodt, p. 386 n. 1.
Eisele, p. 211, 212, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 226, 229 n. 1, 231, 232, 246, 247 n. 1, 258, 405, 468, 473 n. 1.
Ennecerus-Kipp, p. 212 n. 1.
Erb, p. 535, 546, 580 n. 3.
Erman, p. 236.

Fadda, p. 18, 99, 258, 271, 396, 405, 425.
Ferrara, p. 54 n. 1, 88, 91, 92, 336, 338, 345, 458.
Ferrini, p. 119 n. 2, 120, 121 n. 1, 180 n. 2, 188, 189, 229 n. 1, 237, 377 n. 2, 439 n. 1, 526, 593.
Filomusi, p. 39, 97.
Fritz, p. 213.

Gabba, p. 18, 19, 31, 46, 70, 78, 79.
Gangi, p. 98.
Gans, p. 580.
Giorgi, p. 18, 19, 24, 31, 36, 46, 47, 48 n. 1, 67, 70, 78, 79, 90.
Glück, p. 87, 266.
Goldschmidt, p. 329.
Göschen, p. 582.
Gradenwitz, p. 13 n. 1, 49 n. 1, 151 n. 2.
Guarnerio, p. 525.

Hahn, p. 329.
Heimbach, p. 407 n. 2.
Herzog, p. 386 n. 1.
Hesse, p. 413.
Hruza, p. 212 n. 1, 237.
Huschke, p. 254.

Karlowa, p. 386 n. 1.
Keller, p. 585.
Kierulf, p. 580.
Kindel, p. 585.
Kling-Müller, p. 214 n. 1.
Koch, p. 582.
Kori, p. 585.
Krüger, p. 254, 256, 412, 417.
Kühlenbeck, p. 212 n. 1.

Jhering, p. 73, 266, 468, 506, 529, 530, 531 n. 1, 532, 533 n. 1, 560 n. 2, 566.
Johannsen, p. 580.

Langdorff, p. 469.
Lassan, p. 312.
Laurent, p. 55, 64, 278, 280.
Lenel, p. 115 n. 3, 144, 259, 266, 391 n. 1, 397 n. 1, 403, 405, 407 n. 1, 411.
Leonhard, p. 212 n. 1.
Levi, p. 172.
Lombardo, p. 569 n. 1.
Longo, p. 101, 103.
Luzzatto, p. 458, 470.

Madvig, p. 386 n. 1.
Mamiani, p. 67.
Manenti, p. 53 n. 1, 90, 91, 128 n. 1, 137, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 325, 377 n. 2, 458, 472, 473, 570 n. 2.
Marchi, p. 82.
Marezoll, p. 582.
Meischeider, p. 592 n. 4.
Milone, p. 582.
Mommsen, p. 111, 226, 254, 341, 380, 386 n. 1, 433, 461 n. 1.
Mortara, p. 325.
Mühlenbruch, p. 582.

Naber, p. 109 n. 2.
Noodt, p. 262.
Norden, p. 249 n. 1.

Pacchioni, p. 36, 80, 82, 85 n. 1, 101, 158, 161, 162, 172, 192, 237, 246, 247 n. 1, 249 *post.*, 261 n. 1, 267, 268, 269, 425.
Pacifici-Mazzoni, p. 23, 24, 306, 308.
Pampaloni, p. 215 n. 1, 221.
Pernice, p. 107, 109 n. 2, 112, 113, 120, 127 n. 2, 142, 229 n. 1, 251 n. 1, 253 n. 1, 257 n. 1, 339, 391, 392, 402 n. 1, 412.
Perozzi, p. 4, 13, 84 n. 2, 107-109 n. 2, 118 n. 2, 121, 122 n. 1, 123, 136, 137, 138, 141 n. 1, 159 n. 1, 174-177, 186-204, 212 n. 1, 213, 218, 221, 248 n. 1, 252 n. 3, 305, 357, 368, 371, 375 n. 1, 377, 378, 395 n. 1, 396, 420, 421, 425, 427, 439 n. 1, 457, 458, 466 n. 1, 470 n. 1, 479, 481, 581, 591.
Peters, p. 223 n. 1, 472 n. 1.
Pfeiffer, p. 580.
Pfleghart, p. 302.
Pilon, p. 302, 303, 310.
Pipia, p. 288, 290, 292, 294.
Polacco, p. 30, 31, 32, 34, 37, 38, 41, 43, 46, 54, 55, 56 n. 2, 58, 60, 61 n. 1, 62, 63, 64, 70 n. 1, 72 n. 1, 74, 75, 78, 79, 80, 85 n. 1, 87.
Pont, p. 491.
Pothier, p. 19, 32, 52, 71.
Pozzi, p. 318.
Puchta, p. 582.

Ranelletti, p. 151, 186.
Ricca-Barberis, p. 325.
Riccobono, p. 137, 138, 142, 156, 405, 424, 425, 426, 427, 432, 433, 527, 537 (*a*), 539 (*d-e*), 540 (*f*), 552 (*n*), 553, 560 (*t*), 579 (*x*), 593, 596, 598.
Rocco, p. 86 n. 1.
Rotondi, p. 136, 527 n. 1, 531 n. 1, 560 n. 2, 575 (*v*), 579 (*x*).
Rudorff, p. 531, 579 n. 1, 582.
Ruggeri, p. 586.

Savigny, p. 152, 266, 368, 374 n. 2, 375, 516, 517, 524, 528, 531, 535, 540 n. 1, 549 n. 1, 576 n. 1, 578 n. 1, 579, 580 n. 3, 582, 583, 585, 587, 589 n. 1, 590.
Schanz, p. 243 n. 1.
Scheurl, p. 267 n. 2, 478 n. 1, 486, 591.
Schilling, p. 585.
Schlossmann, p. 255 n. 1, 258, 259, 261.
Schmidt, p. 226, 524 n. 2, 582.
Schott, p. 397, 423.
Schwanert, p. 82 n. 2, 84 n. 2.
Schweizer, p. 517 n. 1.
Schwind, p. 82 n. 2, 84 n. 2, 92 n. 2.
Scialoja, p. 19, 78, 79, 212, 258, 342, 435, 473 n. 1, 476.
Scuto, p. 98.
Seeler, p. 411, 423 n. 1 e 3, 447 n. 1, 451 n. 1, 472, 473.

Segrè, p. 128 n. 1, 392, 397, 398, 405, 436, 447 n. 1, 457 n. 3, 478 n. 1.
Semeraro, p. 535, 546, 580 n. 1.
Siber, p. 397.
Siebenhaar, p. 213.
Simoncelli, p. 28, 63, 64, 65, 73, 92, 94 n. 1, 105, 106, 151, 160, 294.
Sintenis, p. 580.
Solazzi, p. 159 n. 1.
Sraffa, p. 152, 160, 333.
Sraffa-Bonfante, p. 241 n. 1.
Steinlechner, p. 398, 447 n. 1, 468.
Stolfi, p. 286 *post*.
Studemund, p. 354.

Tartufari, p. 306.
Taubenschlag, p. 384 n. 3.
Teuffel-Kroll Skutsch, p. 243 n. 1.
Thibaut, p. 535, 546, 580 n. 1.
Trincheri, p. 339.
Troplong, p. 490.

Uebbelohde, p. 374 n. 2.
Unger, p. 241 n. 1, 269.

Valery, p. 158, 172, 327.
Vangerow, p. 374 n. 3, 375, 584.
Vaniceck, p. 517 n. 1.
Van Thon, p. 540 n. 1, 582.
Venzi, p. 88, 502.
Vering, p. 585.
Vighi, p. 152.
Vitalevi, p. 487, 492.
Vivante, p. 152, 160, 293, 335, 338.
Voigt, p. 469.

Waechter, p. 584.
Warnkönig, p. 580.
Windscheid, p. 374, 413, 468, 473 n. 1, 570 n. 3, 585.
Windscheid-Kipp, p. 212 n. 1.
Witte, p. 411.
Wlassak, p. 258.

Zachariae, p. 55, 580, 585.
Zeyss, p. 517 n. 1.
Zilonacki, p. 581.
Zimmern, p. 263.

NUOVA

RACCOLTA DI SCRITTI GIURIDICI E SOCIALI

ALTAVILLA prof. ENRICO - PSICOLOGIA GIUDIZIARIA. — Pag. XXVIII-584 L. 45

BONFANTE prof. PIETRO - SCRITTI GIURIDICI VARII:

1°. Famiglia e successione. — Pag. XVI-684 . . . . . L. 40
2°. Proprietà e servitù. — Pag. XII-988 . . . . . L. 60
3°. Obbligazioni, comunione e possesso. — Pag. VIII-616 . . . . L. 40

BORCIANI prof. ALBERTO - LE OFFESE ALL'ONORE. I reati d'ingiuria e diffamazione nel diritto italiano. — Pag. VIII-288 . . . . . L. 20

BRUGI prof. BIAGIO - PER LA STORIA DELLA GIURISPRUDENZA E DELLE UNIVERSITÀ ITALIANE. Saggi. — Due vol. di complessive pag. XXIV-466 . . . . . L. 40

BRUGI prof. BIAGIO - ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO (Diritto privato giustinianeo) (*Terza edizione riveduta e in parte rifatta*). Pag. 666 L. 50

COGLIOLO prof. PIETRO - SCRITTI VARII DI DIRITTO PRIVATO:

Vol. 1° (*Sesta edizione con aggiunte*). — Pag. 600 . . . . . L. 30
Vol. 2° (*Seconda edizione con aggiunte*). — Pag. 440 . . . . . L. 15

ELLERO prof. sen. PIETRO - LA VITA DEI POPOLI. — Due vol. di complessive 1280 pagine . . . . . L. 80

FADDA prof. sen. CARLO - PARERI GIURIDICI (*Seconda ediz.*). — Pag. VIII-656 L. 30

FERRI prof. ENRICO - DIFESE PENALI — STUDI DI GIURISPRUDENZA PENALE — ARRINGHE CIVILI (*Terza ediz. riveduta ed aumentata*). — Tre vol. di complessive 1800 pagine . . . . . L. 120

FERRI prof. ENRICO - L'OMICIDA nella psicologia e nella psicopatologia criminale (*Seconda ediz. riveduta ed aumentata*) — L'OMICIDIO-SUICIDIO. Responsabilità giuridica (*Quinta edizione completamente rifatta*). — Pagine XII-768 . . . . . L. 60

FERRI prof. ENRICO - PRINCIPII DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE. Delinquente – Delitto – Pena – Giudizio – Esecuzione, nella scienza, nella legislazione e nella giurisprudenza.

GIOVENE prof. ACHILLE - IL NEGOZIO GIURIDICO RISPETTO AI TERZI (*Seconda edizione interamente rifatta*). — Pag. VIII-624 . . . . L. 21

GRISPIGNI prof. FILIPPO - MANUALE DI SOCIOLOGIA CRIMINALE.

K Bonfante, Pietro
Scritti giuridici varii
B7133
S37
v.3

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 12 03 14 09 014 4